

# **PRIVATISERING AV VELFERDSORDNINGENE**

- ET RETTSSIKKERHETSPROBLEM?

Kandidatnr: 278

Veileder: Professor Kristian Andenæs

Leveringsfrist: 25.11.2004

Til sammen 17981 ord

06.12.2004

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	OPPGAVENS TEMA .....	1
1.1.1	<i>Velferdsstaten</i> .....	2
1.1.2	<i>Markedet</i> .....	2
1.1.3	<i>Rettslogikk</i> .....	3
1.1.4	<i>Privatisering – et bytte av rettslogikk?</i> .....	5
1.2	PROBLEMSTILLING .....	5
1.3	METODE OG FREMGANGSMÅTE .....	6
1.4	MIN BAKGRUNN OG ERFARINGSGRUNNLAG .....	7
1.5	PRESISERING OG AVGRENSNING AV OPPGAVEN .....	7
<b>2</b>	<b>VELFERDSSTATENS BRUK AV MARKEDET SOM MODELL.....</b>	<b>8</b>
2.1	BAKGRUNN: POLITISK TENKNING .....	8
2.2	FAKTISKE UTVIKLINGSTENDENSER .....	9
2.3	FORMER FOR ”PRIVATISERING” AV OFFENTLIG SEKTOR .....	10
2.4	RETTLIGE UTSLAG AV PRIVATISERINGSPOLITIKKEN .....	13
<b>3</b>	<b>RETTSLOGIKK I TRE UTVALGTE SAKER.....</b>	<b>15</b>
3.1	OMSORGSBOLIGEN .....	15
3.1.1	<i>Faktum</i> .....	15
3.1.2	<i>Hva ble gjort?</i> .....	16
3.1.3	<i>Aktuell interesse av denne saken</i> .....	16
3.2	UTKASTELSEN .....	18
3.2.1	<i>Faktum</i> .....	18
3.2.2	<i>Hva ble gjort?</i> .....	20
3.2.3	<i>Aktuell interesse av denne saken</i> .....	20
3.3	HØYSKOLESTUDENTEN .....	22
3.3.1	<i>Faktum</i> .....	22
3.3.2	<i>Hva ble gjort?</i> .....	22
3.3.3	<i>Aktuell interesse av saken</i> .....	23
3.4	KONKLUSJON .....	24
<b>4</b>	<b>NOEN RETTLIGE KONSEKVENSER AV ET SKIFTE AV RETTSLOGIKK.....</b>	<b>25</b>
4.1	INNLEDNING .....	25
4.2	FORVALTNINGSRETTSLIG INNFALLSVINKEL .....	26
4.3	MULIGE UGYLDIGHETSGRUNNER I SAKENE SOM ER REFERERT UNDER PUNKT 3.....	27
4.3.1	<i>Omsorgsboligen</i> .....	27
4.3.2	<i>Utkastelsen</i> .....	27

4.3.3	<i>Høyskolestudenten</i> .....	27
4.4	SAKSBEHANDLINGSREGLER PÅ FORBEREDELSESSTADIET FOR ENKELTVEDTAK .....	28
4.4.1	<i>Kravet til god forvaltningsskikk</i> .....	28
4.4.2	<i>Ansvar for sakens opplysning</i> .....	29
4.4.3	<i>Kontradiksjon</i> .....	30
4.4.4	<i>Informasjon og veiledning</i> .....	30
4.4.5	<i>Taushetsplikt</i> .....	31
4.5	FORBEREDELSE FØR EN AVTALEINNGÅELSE.....	31
4.5.1	<i>Opplysningsplikt</i> .....	31
4.5.2	<i>Preseptorisk lovgivning</i> .....	32
4.5.3	<i>Lojalitetsplikten i avtaleforhold</i> .....	32
4.5.4	<i>Konklusjon</i> .....	33
4.6	KRAV TIL ET ENKELTVEDTAKS MATERIELLE INNHOLD.....	34
4.6.1	<i>Legalitetsprinsippet</i> .....	34
4.6.2	<i>Forholdsmessighet</i> .....	35
4.6.3	<i>Saklighet</i> .....	36
4.6.4	<i>Rimelighet</i> .....	36
4.6.5	<i>Likhetsprinsippet</i> .....	36
4.6.6	<i>Kvalitativ minstestandard</i> .....	37
4.7	KRAV TIL EN AVTALES MATERIELLE INNHOLD .....	37
4.7.1	<i>Kontraktsfrihet og begrensninger begrunnet i forbrukervern</i> .....	37
4.7.2	<i>Avtaleloven § 36</i> .....	39
4.7.3	<i>Krav til likebehandling etc</i> .....	40
4.7.4	<i>Konklusjon</i> .....	41
4.8	RELEVANSEN AV ETTERFØLGENDE SOSIALE OMSTENDIGHETER.....	42
4.8.1	<i>Problemstillingen</i> .....	42
4.8.2	<i>Forvaltningsretten</i> .....	43
4.8.3	<i>Lemping eller bortfall av kontraktsforpliktelser</i> .....	43
4.8.4	<i>Konklusjon</i> .....	46
4.9	HA RETT, FÅ RETT .....	47
4.9.1	<i>Angrepsmidler i forvaltningsretten</i> .....	47
4.9.2	<i>Mulighet for å angripe en kontrakt</i> .....	49
4.9.3	<i>Konklusjon</i> .....	49
5	<b>KONKLUSJON</b> .....	<b>51</b>
5.1	RETSSIKKERHET .....	52
5.2	RETSSIKKERHETEN VED PRIVATISERING .....	53
6	<b>RETTPOLITISKE BETRAKTNINGER</b> .....	<b>55</b>
6.1	INNLEDNING .....	55
6.2	PRIVATISERINGENS POSITIVE VIRKNINGER PÅ RETTSUTVIKLINGEN.....	56

6.3	EN KONTRAKTSRETT SOM INKLUDERER VELFERDSSTATENS IDEOLOGI .....	57
6.4	EN "HARD" OG EN "BLØT" KONTRAKTSRETT .....	58
6.5	MULIGE UTSLAG AV DISSE TANKER FOR KONTRAKTSRETEN. ....	59
6.5.1	<i>Begrense de forpliktelser som truer skyldnerens levestandard</i> .....	60
6.5.2	<i>Sosial Force majeure</i> .....	60
6.5.3	<i>Partenes behov for tjenester</i> .....	62
6.5.4	<i>Mulighet for å fremme sine interesser</i> .....	64
6.6	AVSLUTNING .....	65
<b>7</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>66</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Når enkeltindivider reflekterer rundt sin livssituasjon, sin velferd eller sin rettslige stilling i samfunnet, er det gjerne to spørsmål som aktualiseres; *Hva har jeg rett til?* Og *hva har jeg råd til?* Svaret på spørsmålene gir igjen en antydning om hvilken posisjon og rettsstilling vedkommende person innehar i samfunnet.

Rettslig sett er det vesensforskjell på disse to spørsmålene. Det dreier seg i det hele tatt om forskjellig typer av rettslige relasjoner. Den første spørsmålsstillingen relaterer seg til individets rettslige forhold til staten og den offentlige myndighet. I egenskap av medborger i staten har individet en rekke individuelle rettigheter gjennom en omfangsrik velferdslovgivning. Disse rettighetene, som er blitt utviklet gjennom hele det siste hundreåret, har ført til at vår nåværende statsform ofte omtales som ”velferdsstaten”. Jeg vil i det følgende referere til dette rettsforholdet som offentlig-relasjonen. Den andre spørsmålsstillingen relaterer seg til vedkommendes posisjon i et marked. Vedkommende opererer i markedet i kraft av å være en kunde, hvis posisjon er avhengig av økonomiske evner. Rettslige relasjoner oppstår her ved at avtaler inngås med andre private aktører, og at disse er rettslig bindende. Dette vil jeg kalle privatrelasjonen.

Offentlig-relasjonen etableres i kraft av medborgerskapet til staten, og er av helt annen karakter enn det rettsforhold som gjennom avtaler etableres i kraft av egenskapen kunde, privatrelasjonen. Rettsforholdene hviler på en vidt forskjellig logikk og vektlegger forskjellige typer av hensyn, og partenens plikter og rettigheter er preget av dette.

Nå er det likevel slik at disse offentlig/privat-relasjonene er under stadig forandring og utvikling. Privatiseringer og ulike former for moderniseringer av den offentlige sektor bidrar til dette. Nye markeder og ny teknologi bidrar til det samme. Temaet for denne oppgaven er om denne utviklingen medfører at borgernes rettslige stilling forandrer karakter. Har vi en utvikling som medfører at borgernes rettslige status skifter fra medborger til kunde? Har spørsmålet *Hva har jeg råd til?* i stigende grad erstattet spørsmålet *Hva har jeg rett til?*

### 1.1.1 Velferdsstaten

Begrepet velferdsstat gjenspeiler en statsform som legger stor vekt på å trygge livsvilkårene for statens innbyggere. I en velferdsstat har staten påtatt seg et ansvar for en del av de forhold som har betydning for den enkelte borgers velferd, eller den har pålagt kommunene eller fylkeskommunene et slikt ansvar.

Det at staten tar ansvar for den enkelte borgers velferd, er et uttrykk for en visjon. Denne visjonen er gjerne ønsket om et samfunn preget av humanitet, solidaritet, sosial og økonomisk trygghet, likeverd og høy materiell levestandard for befolkningen. Hvilke virkemidler som er best egnet til å realisere denne visjonen, er det følgelig knyttet betydelig politisk uenighet til. I Norge og Norden har den idepolitiske forestilling om at visjonen nås gjennom sterke fellesskapsløsninger i offentlig regi, tradisjonelt stått sterkt. Tanken er at staten forvalter og fordeler fellesskapets midler og ressurser, til gode for hele befolkningen. Basert på denne ideologi er det i Norge utviklet velferdsordninger gjennom hele det siste hundreåret, som har hatt stor betydning for borgerne.

Velferdsstaten er i betydelig grad rettighetsorientert. Det dreier seg om etablering av velferdsmessige rettigheter for den enkelte borger samt ansvar for finansieringen av utgifter knyttet til forvaltningen av disse rettighetene. De rettsregler som er knyttet til realiseringen av velferdsstatens visjon, kategoriseres gjerne som velferdsretten. Dette rettsområdet favner da i prinsippet over alle rettsregler som er av betydning for den enkeltes velferd<sup>1</sup>. Kjernen i velferdsretten er slik sett at det dreier seg om et rettsforhold mellom stat eller annen offentlig myndighet og den enkelte borger.

### 1.1.2 Markedet

Markedet er en fellesbetegnelse på den kommersielle omsetningen av varer og tjenester. Sentralt i rettsreglene knyttet til markedet er kontrakten. I en samfunnsøkonomi som er basert på pengehusholdning med vidtgående arbeidsfordeling og spesialisering, blir kontraktene helt sentrale i omsetning og fordeling av varer og tjenester i samfunnet<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Kjønsstad og Syse s25

<sup>2</sup> Selvig s 8.

Rettsreglene knyttet til kontrakter hviler på en ideologi som i stor grad er basert på at kontraktsfrihet skaper individuell foretaksomhet og dermed økonomisk vekst, noe som igjen forutsettes å komme samfunnet som helhet til gode. Rettens rolle i markedet er å fremme disse formål, samt motvirke uheldige utslag av markedsmekanismene.

### 1.1.3 Rettslogikk<sup>3</sup>

De regelsettene som regulerer henholdsvis offentlig-relasjonen, borgeren og velferdsstaten, og privatrelasjonene i markedet hviler på en forskjellig logikk, noe som følgelig medfører at rettsreglene har fått forskjellige utslag. Det er i det hele tatt forskjellige typer av hensyn som gjør seg gjeldende. I tabellen nedenfor har jeg forsøkt å sammenfatte noen av de sentrale forskjellene mellom de to rettsforholdene.

---

<sup>3</sup> Begrepsbruken er delvis hentet fra Greve 1998. Han opererer med begrepet ”Styringslogikk” i de rettslige relasjonene.

	<b>”Offentlig-relasjonen”</b> <b>Offentlig</b> <b>myndighetsutøvelse</b>	<b>”Privatrelasjonen”</b> <b>Marked</b>
<b>Relasjonslogikk:</b>	Forvaltning av fellesskapsverdier	Bytte av varer og tjenester
<b>Partsforhold:</b>	Autoritet	Jevnbyrdighet
<b>Forutsetninger for at systemet fungerer:</b>	Hierarki	Valgmuligheter Informasjon om markedet
<b>Formål og hensyn:</b>	Realisering av politiske målsetninger	Kontraktsfrihet Ytelse mot ytelse Forutberegnelighet
<b>Rettslig instrument:</b>	Vedtak	Kontrakt
<b>Forberedelse før rettsstiftelse:</b>	Saksbehandling	Forhandling
<b>Bakgrunnsrett:</b>	Forvaltningsrett	Avtalerett og kontraktsrett
<b>Mål på effektivitet:</b>	Realisering av lovens formål/ politiske mål	Økonomisk utbytte/ Materiell vekst
<b>Kontroll:</b>	Hierarki og demokrati	Markedsmekanismer Tilsyn, omdømme
<b>Angrepsmiddel:</b>	Klage til overordnet organ/ demokrati	Sivilt søksmål Evt. Klage til Tilsynsorgan
<b>Rettsapparatets rolle:</b>	Legalitetskontroll Rettssikkerhet	Skape oppfyllelsespress Opprettholde balanse og skape tillit til vederlagsforventningen

**Tabell 1: Rettslogikk i offentlig-relasjonen og privatrelasjonen**

I tabellen ovenfor søker jeg å vise noen av hovedtrekkene ved den logikk offentlig-relasjonen og privatrelasjonen bygger på. Det forutsettes at det er denne logikken som danner grunnlaget for utformingen av det regelverket som regulerer de to relasjonene.



Det kunne vært trukket frem en rekke flere forhold i tabellen. Men det sentrale her innledningsvis er å vise at de regler som regulerer de to forhold hviler på en forskjellig logikk og er basert på forskjellige sett av hensyn. Dette gjenspeiles igjen i partenes rettsstilling, hvordan deres juridiske argumentasjon forløper, og i det hele tatt for hvordan spillereglene i rettssystemet manifesterer seg.

#### 1.1.4 Privatisering – et bytte av rettslogikk?

Produksjonen av en rekke tidligere offentlige oppgaver er i dag privatisert på ulike måter. Slik privatisering og ulike former for moderniseringer av den offentlige sektor, gjør noe med den rettslogikken som fremgår av skjemaet ovenfor. Der et offentlig organ tidligere var motpart, kan dette nå være erstattet med et privat firma. Selv om den aktuelle tjenesten er den samme som før, blir det da ikke lenger så klart om man står ovenfor et rettsforhold som innebærer bruk av offentlig myndighetsutøvelse. Dette trenger riktignok ikke isolert sett å innebære noe problem. Men dersom det er slik at en privatisering av den offentlige sektor også i noen tilfelle kan innebære en overgang fra den offentlige relasjons logikk til markedets logikk og rettslige premisser, så kan dette innebære et rettssikkerhetsproblem for den enkelte borger. Dette er tema for denne oppgaven.

### 1.2 Problemstilling

I denne oppgaven søkes en tilnærming til følgende problemstilling: I hvilken grad innebærer en privatisering av statlige eller kommunale tjenester et rettssikkerhetsproblem med hensyn til den enkelte borgerens rettstilstand?

Problemstillingen angripes ved å formulere to delproblemstillinger;

- 1) Kan en privatisering av offentlige tjenester innebære et skifte fra offentlig-relasjonens rettslogikk, til privatrelasjonens rettslogikk og premisser?
- 2) Dersom dette er tilfelle; hvilke praktiske virkninger har dette for borgernes rettstilstand?

### 1.3 Metode og fremgangsmåte

Denne oppgaven har en rettssosiologisk og en rettspolitisk tilnærming til problemstillingen. Den er rettssosiologisk fordi det søkes en tilnærming til hvordan endringer i samfunnet påvirker borgernes rettstilstand. Den er rettspolitisk fordi vurderingene av disse endringene er verdibaserte<sup>4</sup>.

For å oppnå en slik tilnærming vil jeg i det følgende benytte følgende metode og fremgangsmåte. Under kapittel 2 vil jeg gi en kort redegjørelse av privatiseringer av offentlig virksomhet i praksis. I kapittel 3 vil jeg presentere tre ulike saker som jeg selv har arbeidet med. Disse sakene er valg fordi jeg antar at de er egnet til å belyse hvordan en privatisering kan medføre et skifte fra offentlig-relasjonens rettslogikk til privatrelasjonenes logikk og premisser. Under kapittel 4 vil jeg søke å få frem noen vesentlige forskjeller som gjør seg gjeldende mellom en forvaltningsrettslig og en kontraktsrettslig tilnærming til en foreliggende rettslig tvist. Formålet er å vise hvilken stor praktisk betydning det har for de involverte parter om deres rettsforhold anses utledet av en kontrakt eller et enkeltvedtak. Jeg vil her ta utgangspunkt i noen rettigheter og rettsikkerhetsgarantier som foreligger i forvaltningsretten, og som dermed er relevante å påberope for eksempel som ugyldighetsgrunn, og ser på i hvilken grad disse også er representert og kan påberopes i et avtale- og kontraktsforhold. Kapittel 5 inneholder noen definisjoner av rettssikkerhetsbegrepet og en konklusjon over problemstillingen. Og i kapittel 6 vil jeg foreta noen rettspolitiske betraktninger i tilknytning til den foreliggende materien.

Formålet med denne oppgaven er ikke å bidra til en dyptgående analyse av alle de rettslige grunnlag som berøres. Noen av disse vil derfor bli berørt med ”harelabb”. Formålet er å sette fokus på noen rettslige problemer som kan oppstå som en følge av en samfunnsutvikling som innebærer omfattende privatiseringer av velferdsordningene. Mitt håp er at dette kan gi grunnlag for ytterligere fagjuridiske bidrag, samt rettspolitisk debatt. I lys av dette formålet finner jeg metodevalget og fremgangsmåten forsvarlig.

---

<sup>4</sup> Jf Carsten Henrichsens definisjon av rettspolitikk s 33-34

#### 1.4 Min bakgrunn og erfaringsgrunnlag

Motivasjon og inspirasjon for denne oppgaven er først og fremst erfaringer og tanker jeg har opparbeidet gjennom halvannet år som rettshjelper og saksbehandler i Juss-Buss. Jeg arbeidet der hovedsakelig med rettslige problemer knyttet til boligrett og gjeld, samt problemstillinger innen psykiatrien. To av eksemplene som trekkes frem i denne oppgaven er saker der den ene parten har vært klient av Juss-Buss.

Gjennom saksbehandling på Juss-Buss opplevde jeg påfallende mange ganger at klienter fortalte om hendelsesforløp som hadde startet med en henvendelse til sosialtjenesten i kommunen med søknad om hjelp i en vanskelig livssituasjon, og som så hadde endt med at de selv hadde mottatt varsel om rettslig inkasso. Når dette representerer et gjentakende problem, viser det etter mitt syn at det er behov for en gjennomgang av den rettslige situasjonen.

Jeg har også i en tid arbeidet på et av Oslos mindre advokatkontorer, som driver med advokatbistand, hovedsakelig til privatpersoner. I forbindelse med arbeidet der ble jeg på nytt konfrontert med den samme problematikken ved flere anledninger. Dette har styrket troen min på at problematikken er aktuell.

Det er således disse samlede erfaringer som danner grunnlaget for denne oppgaven.

#### 1.5 Presisering og avgrensning av oppgaven

Problemstillingen i denne oppgaven er knyttet til om hvorvidt rettssikkerheten til borgeren blir ivaretatt ved privatiseringer av offentlige velferdsordninger. For å belyse dette har jeg valgt å diskutere aspekter knyttet til selve rettsforholdet mellom partene, altså selve kontraktsforholdet, eller selve det rettsforholdet som oppstår etter at forvaltningen har fattet et vedtak. I en avhandling om rettssikkerhet ville det også vært naturlig å behandle ulike eksterne kontroll- og tilsynsordninger, slike som Helsetilsynet, Pasientombudet etc. Dette ville imidlertid sprengte rammene for denne oppgaven, og jeg velger derfor å la slike spørsmål ligge.

## 2 Velferdsstatens bruk av markedet som modell

### 2.1 Bakgrunn: Politisk tenkning

Siden 1990-tallet har det fra politisk hold gjennomgående vært stilt krav om modernisering av den offentlige forvaltning. Velferdsstaten har opplevd vekst i lang tid, og den har vist seg å være svært kostbar å opprettholde. Det har vært hevdet at staten nå er overbelastet ved at velferdsordningene er blitt for kostbare. Det har vært uttrykt bekymring omkring en aldrende befolkning og lave fødselsrater. I Norge har vi nettopp hatt en debatt om folketrygdsystemet og fremtidige pensjoner. I Tyskland forsøker regjeringen Schröder å gjennomføre omfattende reformer, med det mål å kutte offentlige utgifter for å kunne møte fremtidens utfordringer. Tilsvarende bestrebelser er varslet i flere europeiske velferdsstater. Så vel den interne organiseringen som relasjonene utad til det omgivende samfunnet er under sterkt press. Reorganisering, fristillinger, delegasjoner, effektiviseringstiltak og forvaltningspolitikk står på dagsorden i alle vestlige lands statsforvaltninger<sup>5</sup>.

Henrichsen<sup>6</sup> beskriver utviklingen av forvaltningen i Norden under kategoriene 50-tallets rasjonaliseringsarbeider, 70-tallets administrasjonsreformer og 90-tallets moderniseringsbestrebelser. Han viser til at administrativ effektivitet har vært et gjennomgående reformmål i denne siste perioden.

Som representativt utsagn for målsetningene for moderniseringspolitikken er uttalelser fra den danske finansminister Christoffersen fra 1983<sup>7</sup>:

”De foregående årtiers kvantitative vekst i den offentlige sektor..., må erstattes med en kvalitativ vekst innenfor de samme økonomiske rammer..... Nye behov

---

<sup>5</sup> Sand 1996

<sup>6</sup> Henrichsen 1997

<sup>7</sup> Referert i Henrichsen s 494

kan kun tilgodesees hvis det lykkes å omlegge innsatsen på de ”gamle” områder. Anbefalte midler er krav til regelforenkling og økt markedsstyring gjennom privatisering og forskjellige former for brukerbetaling.”

Kritikken av moderniseringsprogrammet<sup>8</sup> har gått på at den ser bort fra de fundamentale forskjeller som eksisterer mellom den offentlige og den private sektors samfunnsmessige funksjoner. Sentraladministrasjonen skal gjennomføre politiske beslutninger om avbalanserte forbedringer om samfunnets fysiske og sosiale infrastruktur, mens næringslivets virksomheter skal oppfylle bestemte målgruppers interesser og etterspørsel innenfor de rammer som infrastrukturen setter. ”Effektivitet” betyr således ikke det samme for offentlige myndigheter som for næringslivets virksomheter og kan derfor heller ikke nødvendigvis fremmes med de samme midler.

Hvorvidt dette moderniseringsarbeidet har vært en suksess må vurderes ut i fra om den løpende omstilling og fornyelse av den offentlige sektors virksomhet har skjedd på en slik måte at det som oppfattes som uønskede bivirkninger i velferdsstaten unngås.<sup>9</sup>

## 2.2 Faktiske utviklingstendenser

Den statlige virksomhet er under stadig utvikling som følge av skiftende politisk landskap og nye økonomiske forutsetninger. De politiske målsetninger som er beskrevet ovenfor har gitt seg faktiske utslag. For det første er staten i dag involvert i nær sagt alle samfunnsområder med høyt ambisjonsnivå på problemløsning og betydelige ressurser til disposisjon<sup>10</sup>. Dette reflekteres også i folks forventninger til at staten skal gripe hjelpende inn på forskjellige livsområder og dekke nye typer av behov. Et eksempel på dette som den senere tid har vært oppe til debatt, er debatten rundt statens ansvar for å sikre bredbåndsdekning i distriktene. Denne debatten har vist at det har vokst frem en

---

<sup>8</sup> Henrichsen

<sup>9</sup> Henrichsen s 490

<sup>10</sup> Sand 1996

oppfatning i befolkningen om at slike oppgaver nå bør anses for en del av velferdsstatens naturlige oppgaver. Og ikke minst; staten erkjenner dette ansvaret. For det andre har hele den offentlige virksomhet vært gjenstand for vesentlige omleggelser og reformer, særlig siden 1990-tallet. Under merkelappen ”modernisering” har det skjedd en økende bruk av delegasjoner og desentralisering, mer bruk av rammelovgivning med vekt på standarder, omfattende, tette og komplekse interaksjons- og samarbeidsformer mellom offentlige og private organer, samt økt bruk av markedet som modell for virksomheten<sup>11</sup>. Vi har sett at store statlige institusjoner som NSB, NRK, Televerket, Vegvesenet er gjort om til aksjeselskaper, mens mange av våre velferdsordninger er privatisert eller omorganisert på forskjellige måter. Gjennomgående kan det sies at statlige og offentlige organer i dag er mindre involvert i den faktiske produksjonen av velferdsordningene enn det som tradisjonelt har vært tilfelle<sup>12</sup>.

### 2.3 Former for ”privatisering” av offentlig sektor

En ”privatisering” av statlige eller kommunale tjenester kan skje på forskjellige måter. Jeg vil her nevne noen praktiske former for privatisering:

- 1) *Privatisering gjennom delegering*<sup>13</sup>. Dette innebærer at selve produksjonsansvaret privatiseres, mens finansieringen av tjenesten fortsatt skjer med offentlig midler, og slik at kommunen fortsatt har ansvaret for virksomheten. Eksempler på dette er drift av sykehjem for eldre, og bruk av private legekontorer innen helsetjenesten.
- 2) *Privatisering gjennom erstatning*<sup>14</sup>; stat og kommune avregulerer, avvikler eller forsømmer, og skaper dermed rom for privat initiativ. Eksempel på dette er private barnehager og private høyskoler og utdanningsinstitusjoner.
- 3) *Forskjellige former for brukerbetaling*. Prinsippet om at brukeren betaler får gjennomslag fremfor finansiering gjennom skatter og avgifter. Forvaltningsorganet

---

<sup>11</sup> Sand 1996

<sup>12</sup> Stridbeck s 24

<sup>13</sup> Stridbeck s 23

<sup>14</sup> Stridbeck s 23

stiller vilkår om en motytelse for tildeling av velferdsgoder. Det utferdiges en kontrakt der partenenes plikter og vilkår fremgår.

4) *Det opprettes offentlige foretak* for å ta seg av oppgaver som tidligere har vært utført av offentlige organer. Eller det dannes aksjeselskaper av statlige organer der staten fortsatt eier aksjene. Carsten Greve kaller denne prosessen for en ”firmatisering” av offentlig sektor<sup>15</sup>. Eksempel på dette er Boligbygg OKS som nå forvalter Oslo kommunes kommunale leiligheter. Disse foretakene opererer på markedets premisser, med målsetning om kommersiell lønnsom drift.

I NOU 2000 nr 19 drøftes hensiktsmessigheten av det rapporten kaller konkurranseeksponering av den offentlige sektor. Rapporten drøfter fire former for konkurranseeksponering:

1) *Etablering av konkurransemarkeder* skjer ved at et tidligere offentlig monopol fratas eneretten og må konkurrere i et marked. I slike markeder kan tilbyderne fritt konkurrere om etterspørrene både på pris, kvalitet og tilgjengelighet. Etterspørrene har på sin side valgfrihet mellom tilbyderne.

2) *Anbud* innebærer at det offentlige avholder en konkurranse om retten til å produsere varer eller tjenester på vegne av det offentlige. Etter beslutning vil kontraktøren få en eksklusiv, men tidsbegrenset rett til å produsere den aktuelle varen eller tjenesten for oppdragsgiveren. Det offentlige har fortsatt ansvaret for tjenestens innhold og kvalitet.

3) «*Pengene følger brukeren*» virker slik at man tildeler en bruker en rett (kupong) til å benytte en gitt tjeneste og da gjerne inntil en gitt verdi. Brukeren velger deretter en tilbyder og benytter kupongen som hel- eller delfinansiering avhengig av kupongens verdi. Kupongsystemet kan benyttes for å etablere konkurranse mellom offentlige institusjoner, mellom private institusjoner eller mellom offentlige og private institusjoner.

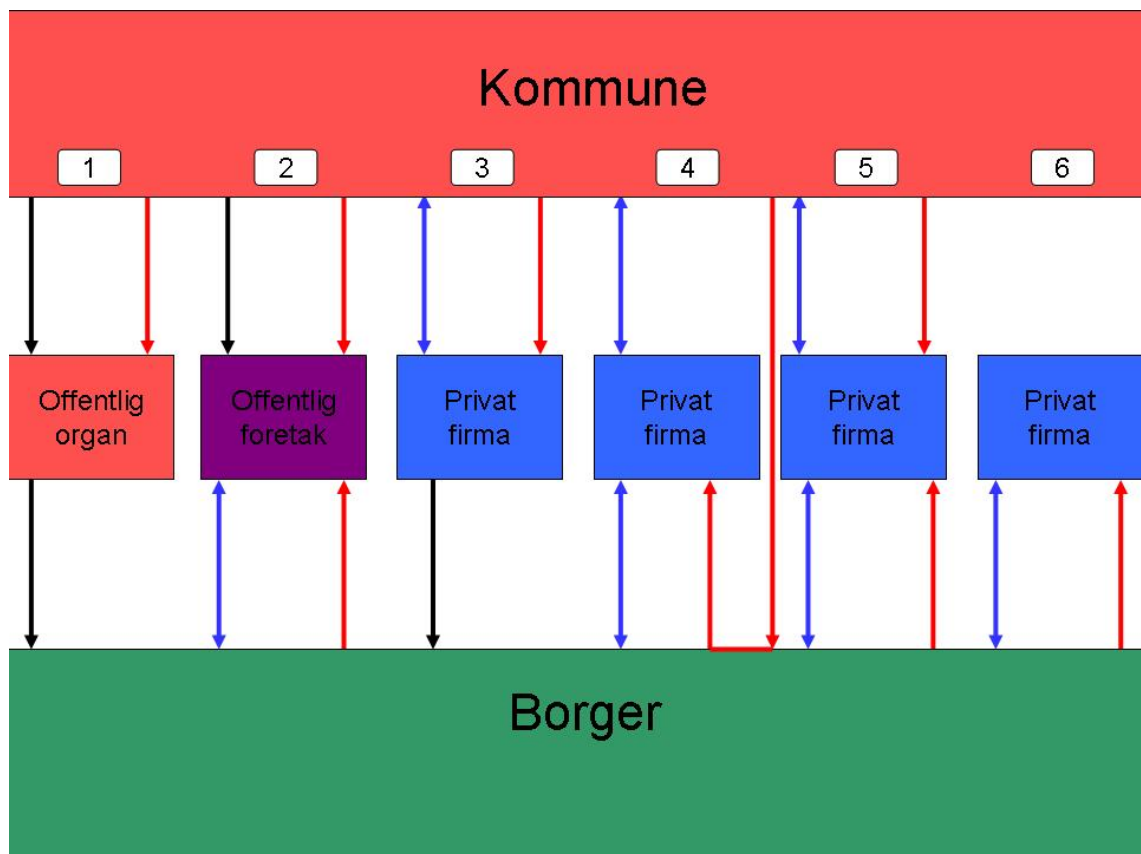
4) *Benchmarking* brukes ofte synonymt med sammenlikning og er en systematisk sammenstilling av ulike virksomhetsinformasjon. Ved å bruke denne informasjonen som

---

<sup>15</sup> Greve 1998

et sammenlikningsgrunnlag kan man måle prestasjoner i egen virksomhet opp mot prestasjoner i andre tilsvarende virksomheter.

Opplistingen ovenfor viser altså noen utslag av hvordan en privatisering av staten eller landets kommuner kan foregå. Velferdsordningene vil også i stor grad influeres av dette. For disse ordningenes del er det viktig å skille mellom finansieringsansvaret og produksjonsansvaret. Det er ikke slik at en privatisering av produksjonsansvaret automatisk også innebærer en privatisering av finansieringsansvaret, noe som søkes illustrert i figuren nedenfor. Men som gjennomgående trekk legges det opp til mer markedsorientering, mer konkurranseeksponering og mindre offentlig byråkrati.



**Figur 1 Seks eksempler på ulike måter å organisere offentlige tjenester**

- Forvaltningsmessig vedtak
- ↔ Kontrakt
- Finansiering

Figuren ovenfor viser seks alternative måter som produksjon og finansiering av kommunale tjenester kan foregå på. Alternativene 2 til 5 representerer alle en form for privatisering. Valg av privatiseringsmetode er i stor grad underlagt det kommunale



selvstyret å ta stilling til, og varierer mellom de enkelte kommuner og mellom de forskjellige kommunale tjenester. De svarte og blå pilene i figuren illustrerer rettsforhold som enten springer ut av et forvaltningsmessig vedtak eller en kontrakt. De røde illustrere finansieringen av tjenestene. Denne kan enten komme fra kommunen, fra borgerne, eller ved en delfinansiering der både kommunen og borgeren bidrar. Jeg vil ikke gå nærmere inn på forklaringen av de forskjellige privatiseringsmåtene her, men noen av disse vil bli omtalt under punkt 3. Det sentrale er å illustrere hvordan kontrakter på forskjellige måter kan komme inn på velferdsområdet og erstatte den forvaltningsmessige vedtaksformen.

## 2.4 Rettslige utslag av privatiseringspolitikken

På det rettslige plan kan moderniseringspolitikken gi det utslaget at det rettslige grunnlaget for regulering av forholdet mellom partene forandrer karakter. Ulf Stridbeck advarte i en artikkel fra 1993<sup>16</sup> med at ” hvis det på noen områder fører til at borgerne istedenfor borgere blir til forbrukere av forvaltningsytelser, kan konsekvensen bli en omdefinering også av selve grunnlaget for den rettslige regulering av forholdet mellom partene, således at kontraktsrettslige hensyn og rettsformer trenger inn til avløsning av de offentligrettslige prinsipper og hensyn, som eventuelt allikevel ikke respekteres.” Finnene Niemivuo og Heikki Kanninen<sup>17</sup> beskriver den rettslige situasjonen som et rollebytte for individene som medfører et statusskifte fra medborger til kunde, og som medfører ”et hopp fra den ene av jurisdiksjonenes hovedsektor til den andre”. Stridbeck fremhever videre at

”Det som skjer nå, er at private og halv-private aktører tar seg av flere og flere oppgaver som tidligere var forbeholdt den offentlige sektoren. Dermed blir det markedets ”spilleregler” som gjelder for den privatiserte velferden. Det innebærer at den privatiserte velferden ikke lenger blir distribuert gjennom lov men gjennom kontrakt”.

---

<sup>16</sup> Stridbeck

<sup>17</sup> Referert av Stridbeck s 32

Carsten Greve<sup>18</sup> påpeker at en av de egenskaper som risikerer å gå tapt ved en konkurranseutsetting, er det man kan kalle den ”offentlige etos”, eller det normative grunnlaget for den offentlige sektor som rettssikkerhet, fellesskapets interesse etc. Omfanget av disse problemene eller faresignalene er det vanskelig å anslå. Men at en overføring fra offentlig ansvar til privatrettslig ansvar har omfattende rettslige konsekvenser er helt klart.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Greve 1998

<sup>19</sup> Stridbeck s 32

### **3 Rettslogikk i tre utvalgte saker**

Nedenfor vil jeg presentere tre saker som jeg har arbeidet med som rettshjelper i Juss-Buss. Sakene trekkes frem for å belyse problemstillingen om hvorvidt en privatisering av offentlige tjenester kan innebære et skifte fra offentlig-relasjonens rettslogikk, til privatrelasjonens rettslogikk og premisser.

Jeg har bevisst valgt saker hvor jeg antar det ikke vil være aktuelt å bringe saken inn for noe offentlig kontroll- eller tilsynsmyndighet, som Pasientombudet, Helsetilsynet etc.

#### **3.1 Omsorgsboligen**

##### **3.1.1 Faktum**

En 85 år gammel kvinne hadde behov for en ny bolig. Hennes nåværende bopel var ikke lenger egnet for kvinnen da hun nå var bruker av rullator og hadde dårlig syn. I tillegg hadde hun begynnende kognitiv svikt, som fikk det utslag at hun hadde problemer med å orientere seg. Hun hadde også fått vesentlig svekket korttidshukommelse. I januar 2003 fikk hun hjelp av sin datter til å søke sin bostedskommune om tildeling av en egnet bolig. I søknaden ble det opplyst om kvinnens helsemessige tilstand og behov. Etter en saksbehandlingsprosess i kommunen fikk kvinnen melding om at hun var innvilget en såkalt omsorgsbolig i et nybygg som var under oppføring.

Den ansvarlige for oppføringen og forvaltningen av omsorgsboligene i kvinnens kommune, var et privateid firma. Etter at tildelingsprosessen var avklart i kommunen, tok dette firmaet kontakt med kvinnen for å avtale et møte for undertegning av husleiekontrakt. Kvinnen, som på dette tidspunkt ikke hadde bistand fra sin datter eller noen andre, undertegnet den kontrakten som ble forelagt henne uten å stille noen spørsmål angående avtalevilkårene.

Da kvinnens datter fikk rede på den kontraktsinngåelsen som var foretatt, dro hun til byggeplassen for å inspisere boligkomplekset som hennes mor nå skulle bo i. Hun oppdaget da at den aktuelle boligen lå i byggets annen etasje, og hadde en atkomst som ikke var egnet for brukere av rullator. Bygget viste seg også å være vesentlig forsinket i byggeprosessen. I tillegg ble datteren oppmerksom på at den kontrakten som

hennes mor hadde undertegnet innholdt et vilkår om at hun pliktet å yte utleier et lån på kr 250000.- ”for delvis innfrielse av pantelån på eiendommen”. Leiekontrakten viste seg også å være uoppsigelig i morens levetid.

Kvinnens datter ga så umiddelbart beskjed om at denne boligen ikke var egnet for hennes mor, da moren ikke ville make å ta seg frem dit. Hun krevde derfor på vegne av sin mor at leiekontrakten ble hevet.

Firmaet fastholdt likevel kontrakten, og krevde erstatning for utgifter til visning, annonsering m.m samt rentetap for lånet som skulle vært ytet. Kravet mot kvinnen var på til sammen på kr 46 542.- eks renter. Det ble opplyst at kravet ville bli sendt til inkasso, dersom innbetaling ikke fant sted innen to uker.

### 3.1.2 Hva ble gjort?

Juss-Buss grep saken an som en ordinær husleiesak og anførte at den var i strid med husleieloven, samt avtaleovens §§ 36. Vi fikk medhold på de husleierettslige anførsler hos motparten. Angående anførselen om avtaleoven § 36 hevdet firmaets advokat likevel at

”de personlige forhold og helbredstilstand, som er viet en relativt omfattende omtale og benyttet som begrunnelse for rettslige vurderinger i Deres brev, er uten aktuell interesse og betydning. Det foreligger således ingen anledning til å trekke verken inngåelsen eller rettsvirkningene av leiekontrakten i tvil.”

Firmaet krevde så erstattet tapt husleie i tre mnd, til sammen kr 12300.-. Juss-Buss mente at også dette kravet var uberettiget. Likevel ble dette etter samtale med klienten akseptert. For klienten hadde denne saken nå medført så mye ubehageligheter at hun og hennes familie ikke ønsket å trekke saken lengre ut i tid. De aksepterte dermed kravet for å ”få saken ut av verden”

### 3.1.3 Aktuell interesse av denne saken

Denne saken er illustrerende for hvordan en søknad om noe som søkeren selv trodde innebar en kommunal velferdstjeneste, ender opp som en kontraktsrettslig tvist med en privat motpart. I tvisten er det utelukkende kontraktsrettslige spørsmål som blir anført av partene. Både kommunen, firmaet, firmaets advokat, og Juss-Buss argumenterer utelukkende på bakgrunn av privatrelasjonenes rettslogikk ved kontraktsrettslig

terminologi for løsning av tvisten ved at det er kontrakten, Husleieloven og avtalelovens § 36 som anføres som rettslige grunnlag.

### 3.1.3.1 Rettslogikken

Det er av interesse å se litt nærmere på hvordan denne rettslige situasjonen har oppstått. Hvis vi vender tilbake til skjemaet som ble presentert under punkt 1.1.3, vil dette saksforholdet etter mitt syn "passe best" under den såkalte offentlig-reelasjonens rettslogikk. Vi har et saksforhold som til en viss grad kan sies å representere fellesskapsverdier, ved at det dreier seg om å utøve omsorg ovenfor mennesker med spesielle behov. Det spesielle behovet er knyttet til alderdom og funksjonshemming, noe som gir tjenesten et sterkt preg av en velferdstjeneste. Videre er partsforholdet mer preget av autoritet enn av jevnbyrdighet, ved at det først ble søkt til kommunen om en spesielt tilrettelagt bolig. Den opprinnelige rettslige relasjonen er dermed mellom kvinnen og hennes bostedskommune. Kvinnen hadde ingen valgmuligheter i et marked, slik som bør forutsettes i privatrelasjonen. Det foregikk ingen reell forhandling forut for rettsstiftelsen, men en saksbehandlingsprosess i kommunen. Og til slutt er det slik at kommunen ved å tilby sine innbyggere boliger av denne typen, bidrar til å realisere både politiske målsetninger uttrykt gjennom demokratiske prosesser, og til å realisere lovpålagte oppgaver i sosialtjenesteloven.

Selv om offentlig-reelasjonens rettslogikk reelt sett synes å prege denne saken, viser partenes handlemåte og argumentasjon i saken at disse handler og opptrer i henhold til privatrelasjonens rettslogikk. Firmaet påberoper seg kontraktsbrudd fra kvinnens side, og krever sine rettigheter etter kontrakten opprettholdt ved å fremme kontraktsrettslige misligholdsinnsigelser overfor henne. Dette er et utslag av byttelogikken og gjenspeiler prinsippet om ytelsen mot ytelse. Ved å varsle om inkasso og tvangsfullbyrdelse krever firmaet at namsmyndigheten skal hjelpe firmaet med å opprettholde deres berettigede vederlagsforventning.

### 3.1.3.2 Hvorfor brister logikken?

Hvorvidt rettsgrunnlaget i denne saken springer ut av et enkeltvedtak eller en kontrakt, vil jeg ikke gå nærmere inn på her. Dette vil følge av en konkret tolkning blant annet av forvaltningsloven § 2. Det interessante for meg er å observere hvordan privatiseringen av produksjonen av den kommunale tjenesten ser ut til å medføre et bytte av rettslogikk.

Tildelingsprosessen skjer i denne saken etter kommunal saksbehandling, og tildeling eller avslag på søknaden er utvilsomt et enkeltvedtak. Men det borgeren får tildelt ved vedtaket, er i realiteten intet mer enn en rett til å opptre som kontraktspart med en privat ”velferdssdistributør”. Kommunen selv synes å anse sin rolle som avsluttet på det tidspunktet tildelingsprosessen er avsluttet.

Hvis vi vender tilbake til modellen under punkt 2.3, er denne privatiseringsmodellen et eksempel på en privatisering som fremgår av metode nr 5, eller en privatisering ved delegering. Det foreligger en kontrakt mellom kommunen og firmaet, og det utarbeides en ny kontrakt mellom firmaet og den enkelte borger. Finansieringen skjer dels gjennom kommunen og dels gjennom egenbetaling fra den enkelte bruker.

En omsorgsbolig er i Sosial- og helsedepartementet og Kommunal- og arbeidsdepartementets ”veileder” definert som en bolig som er tilpasset orienterings- og bevegelseshemmede og fysisk tilrettelagt slik at beboerne etter behov skal kunne motta heldøgns omsorg. Kommunene har ingen plikt til å opprette omsorgsboliger, og det skal opprettes et vanlig leieforhold mellom søkeren og kommunen. Dette leieforholdet skal detaljeres i husleiekontrakten. Det fremgår videre at vurdert mot sykehjemsplasser vil bruk av omsorgsboliger være vesentlig billigere for kommunen. Departementet anser ikke omsorgsboliger som ”bolig med heldøgns omsorgstjenester” jfr. Sotjl §4-2.

Jeg konstaterer at departementet ikke har vesentlige motforestillinger ved å anse forholdet utelukkende som et kontraktsforhold. Jeg vil likevel anta at dersom det var kommunen selv som sto for produksjonen av omsorgsboligene i kommunen, og dermed selv var kontraktspart, så ville situasjonen fort kunne bli vurdert annerledes. Dersom dette er tilfelle, er det selve privatiseringen som medfører at rettsforholdet forandrer karakter. Virkningene av dette sett fra kvinnens side, vil jeg komme tilbake til under punkt 4.

### 3.2 Utkastelsen

Denne saken er ikke en Juss-Buss sak, men en sak jeg ble involvert i i forbindelse med arbeid i et advokatfirma i Oslo.

#### 3.2.1 Faktum

En kvinne i slutten av 40-årene hadde behov for omfattende bistand fra kommunen, både hva angikk helsehjelp og sosialtjenester. Hun var tungt rammet av en alvorlig

sykdom, i tillegg til at hun hadde åpne sår i bena som trengte omfattende medisinsk behandling. Hun hadde behov for hjelp til det meste av dagens gjøremål. På det tidspunktet jeg ble involvert i saken, innebar den totale kommunale bistanden som var innvilget kvinnen, en omfattende helsehjelp, 75 timer hver måned med hjemmehjelp og hjemmesykepleie, samt en bolig i en kommunal leilighet. Hun hadde også delvis tvungen forvaltning av sin uførepensjon.

Kommunen besluttet sommeren 04 at de ikke ønsket å opprettholde dagens tilbud for kvinnen. Til dette var omkostningene ved å ha kvinnen boende i leiligheten blitt for omfattende. Forholdet mellom kvinnen og da ansatte i kommunen hadde også utviklet seg en uheldig retning, og var nå rimelig konfliktfullt. Kommunen forsøkte derfor å få kvinnen til å akseptere en plass på en av kommunenes boliger med heldøgns pleie. Dette var i realiteten en institusjonslignende plass, bebodd hovedsaklig av eldre demente. Kvinnen ville ikke akseptere dette. Hun uttrykte meget stor bekymring for hva slags liv hun ville få dersom hun nå skulle plasseres på et hjem for eldre demente. Hun uttrykte at dersom hun skulle samtykke til et opphold ved den aktuelle plassen, måtte dette være for en kortere periode, og det måtte være på et sted hvor det var muligheter for sosialt samvær med venner, familie og andre på hennes egen alder og i tilsvarende livssituasjon. Hun ønsket derfor å fortsette boforholdet i sin egen leilighet, i alle fall frem til et mer egnet tilbud kunne fremskaffes.

Kommunen sendte da begjæring til lensmannen i kommunen om fravikelse av den kommunale leiligheten. Som tvangsgrunnlag ble anført at husleiekontrakten var utgått på tid. Kvinnen fikk varsel etter tvangsloven § 4-18, med melding om at fravikelse ville skje innen 2 uker. Ovenfor namsmannen (lensmannen) i kommunen ble det varslet at kvinnen hadde mottatt tilbud om en annen bolig av kommunen.

Kontrakten som var undertegnet av partene var en standardkontrakt fra HLF, Huseiernes landsforbund. Den fremsto derfor som en helt ordinær husleiekontrakt. Likevel var det i kontrakten tatt inn et vilkår under punktet ”særlige bestemmelser” om at boligen var tildelt under forutsetning om at kvinnen tok imot den kommunale hjelpen og bistanden som kommunen til enhver tid finner hensiktsmessig. Videre fremgikk det av kontrakten at kommunen skulle evaluere leieforholdet hvert år, og kunne beslutte om leieforholdet skulle avsluttes eller forlenges. Dette innebar at kommunen i kontrakten hadde innført en klausul om at denne ensidig kunne bestemme om leieforholdet skulle fortsette eller om det skulle avsluttes.

### 3.2.2 Hva ble gjort?

Vi bestred ovenfor namsmannen at det forelå tvangsgrunnlag for fravikelse. Vi anførte at det rettslige grunnlaget for kvinnens besittelse av leiligheten i realiteten var en forvaltningsavgjørelse, og at avslutning av leieforholdet da eventuelt måtte skje ved en ny avgjørelse og i tråd med forvaltningsloven. Dette var ikke en gjensidig bebyrdende avtale som ga grunnlag for tvangsfravikelse. Vi fikk medhold i dette av kompetent namsmyndighet, og fravikelsen ble ikke gjennomført.

Kommunens representant skiftet da strategi. Denne anførte nå ”vesentlig mislighold” av kontrakten som tvangsgrunnlag for fravikelse. Saken endte med forlik og en minnelig ordning.

### 3.2.3 Aktuell interesse av denne saken

#### 3.2.3.1 Rettlogikk

Denne saken er slik jeg ser det i første rekke en sak om fastsettelsen av en kvalitativ minstestandard til de kommunale tjenester, jfr den såkalte ”Fusa-dommen”<sup>20</sup>. Stridens kjerne er egentlig om kvinnen har et krav på å motta hjelp hjemme, eller om hun må akseptere en plass på institusjon. Dette er et saksfelt i kjerneområdet av velferdsretten og representerer fellesskapsverdier og typiske velferdsorienterte vurderinger. Videre representerer partsforholdet i saken en betydelig grad et autoritetsforhold, ved at det er kvinnen og kommunen som er parter i saken. Kommunens avdeling for eiendomsforvaltning, som sto som kontraktspart i husleiekontrakten, er underlagt instruksjonsmyndighet av kommunestyret, noe som gir denne siden en hierarkisk oppbygning. Det er også for meg unaturlig å se på grunnlaget for selve besittelsen av leiligheten som noe vesensforskjellig fra det rettslige grunnlaget for de andre kommunale tjenestene som kvinnen mottok. Det totale tilbudet bør etter mitt syn heller anses som en helhet, en ”totalpakke”, som alle utledes fra et enkeltvedtak. Videre hadde kvinnen ingen alternative valgmuligheter på boligmarkedet. Summen av disse forhold

---

<sup>20</sup> Rt 1990 s 874



medfører, slik jeg ser det, at det er den offentlige relasjonslogikken jf punkt 1.1.3 som har mest for seg.

Saksforløpet blir i denne saken imidlertid helt omdefinert ved at kommunen søker å benytte tvangsfullbyrdelsesinstituttet for å oppnå en ordning som den ikke fikk gjennomført på frivillig grunnlag. Kommunen søker altså å benytte et institutt utledet av privatreasjonens rettslogikk, et institutt hvis formål er å gjennomføre prinsippet om yttelse mot yttelse i kontraktsforhold. Kontrakten fungerer dermed i denne sammenheng som et middel for skjult tvang ved namsmannens hjelp, faktisk uten at kvinnen i det hele tatt har misligholdt kontrakten.

### 3.2.3.2 Hvorfor brister logikken?

Det kan sies at dette saksforholdet er et eksempel på privatisering ved omgjøring av offentlig organ til offentlig foretak. I figuren under punkt 2.3 er denne formen for privatisering representert i eksempel nr 2. I dette tilfelle var det vedkommende kommunes eiendomsforvaltningsavdeling som utad fremsto som et eget juridisk subjekt, uavhengig av annen virksomhet i kommunen. Dette subjektet handler etter markedets premisser og legger den private relasjonslogikken til grunn for sin virksomhet. Dermed definerer den seg selv som en markedsaktør, noe som viser seg både gjennom faktisk handlemåte, og mer indirekte ved at det synes som om effektivitet måles gjennom økonomisk utbytte, og ikke gjennom ønsket om realisering av lovformål eller politiske velferdsambisjoner. Dermed kan det sies at det er selve omorganiseringen eller ”moderniseringen” av den kommunale virksomheten som medfører at rettsforholdet synes å forandre karakter.

Jeg vil heller ikke her gå nærmere inn på hva som er ”riktig juss” i dette tilfellet. Men igjen er det for meg unaturlig å anse at denne juridiske omorganisering forandrer det underliggende forhold, nemlig at grunnlaget for kvinnens besittelse av leiligheten bør anses for et enkeltvedtak og ikke en kontrakt. Det må også nevnes at denne kvinnen hadde vært bistått av 2 advokater før hun kontaktet oss. Ingen av dem hadde reagert på kontraktens utforming eller rettsforholdets art. Videre er det av interesse at kommunen selv ble svært overrasket over at fravikelsen ble stoppet. De hadde anført at slike leiekontrakter var i tråd med alminnelig praksis i kommunen, og så ingen betenkeligheter ved å bruke slike kontrakter som tvangsgrunnlag for fravikelse av boligen.

### 3.3 Høyskolestudenten

#### 3.3.1 Faktum

En kvinne i midten av 20-årene ønsket seg en utdanning da hun hadde erfart at hun stod svakt på arbeidsmarkedet uten en formell utdanning. Hun var enslig forsørger for et barn og hadde dermed ikke anledning til noen langvarig skolegang. Valget falt derfor på en privat høyskole som tilbød ett års studier innen markedsføring. Kontrakt ble undertegnet, der skolepenger utgjorde ca 60 000 i året.

Etter bare noen uker på skolebenken ble kvinnen alvorlig syk. Hun ble dermed tvunget til å avslutte skolegangen. Hun meldte fra til høyskolens ledelse om at hun måtte si fra seg sin studieplass. Høyskolen aksepterte dette, men viste til bestemmelsen i kontrakten om at ved avbrutt skolegang, kunne skolen kreve 2/3 av skolepengene for hele skoleåret. Dette ble fastholdt fra skolens side, som ikke fant å kunne akseptere noe unntak fra disse vilkår i denne konkrete saken.

Det viste seg at kvinnen ble langvarig syk, og var innlagt på sykehus over en lengre periode. Regningen til høyskolen ble ikke betalt. Inkassokrav og stevning til Forliksrådet ble sendt til kvinnen, uten at kvinnen fikk reagert på dette grunnet den helsemessige situasjonen hun befant seg i på det aktuelle tidsrommet. Uteblivelsesdom ble følgelig avsagt av forliksrådet. Renter og omkostninger til utenomrettslig inkasso og rettslig tvangsinndrivelse påløp.

#### 3.3.2 Hva ble gjort?

Juss-Buss gikk inn i saken og undersøkte rettstilstanden på området. Vi vurderte det slik at høyskolen etter lovgivningen og praksis hadde anledning til å håndtere saken slik de hadde gjort. Høyskolen hadde også, på det tidspunkt kvinne oppsøkte Juss-Buss en rettskraftig dom for sitt krav. En eventuell lemping av kravet ville da måtte bero på skolens samtykke. Forhandlinger ble forsøkt innledet. Dette førte ikke frem. Skolen ville ikke vike fra sitt krav, men viste til at slike etterfølgende sosiale forhold som fremkommer i denne saken ikke er relevante omstendigheter i kontraktsforholdet, og at disse ikke representerte omstendigheter som høyskolen hadde risikoen for.

Vi tok så kontakt med sosialkontoret, i håp om å få til en løsning som kunne innebære at kvinnen skulle kunne håndtere sin gjeld og sin livssituasjon. Sosialkontoret viste til at de ikke kunne hjelpe til med økonomiske problemer knyttet til eldre gjeld.

Slik står altså saken i dag. Kvinnen har fortsatt ingen utdanning, men har en for henne betydelig gjeld, som betjenes ved utleggstrekk i hennes trygd. Hun mottar så vidt vites i tillegg noe supplerende sosialstøtte, da hun etter trekket har vanskelig for å klare de daglige utgiftene til seg selv og sitt barn. Med dagens nedbetalingsprogresjon vil det ta år før gjelden er nedbetalt.

### 3.3.3 Aktuell interesse av saken

#### 3.3.3.1 Rettslogikk

Denne saken er et eksempel på privatreelasjonens rettslogikk. Høyskolens handlemåte, dennes juridiske argumentasjon og håndtering av saken er et klart utslag av dette. Her argumenteres på bakgrunn av en relasjonslogikk som innebærer at utdanning byttes mot vederlag, og partens rettigheter etter kontrakten påberopes ved mislighold fra den andre part. Jeg vil ikke bestride at dette er verken logisk eller riktig.

#### 3.3.3.2 Brister logikken her?

”Høyskolestudenten” har slik jeg ser det to velferdsrettslige aspekter ved seg. For det første er tjenesten, det å få seg en utdanning, av en slik karakter at den kan sies å falle innenfor velferdsstatens tradisjonelle oppgaver. Retten til utdanning gjelder bare grunnskoleundervisning, videregående undervisning og til en viss grad voksenopplæring. Like fullt er det nok en oppfatning i befolkningen om at staten har et videre ansvar for å tilrettelegge for, samt å tilby også høyere utdanning. Det er også klare politiske intensjoner om at flest mulig av de som ønsker en utdanning, skal tilbys dette. Likevel har ikke staten maktet å dekke de behov og den etterspørsel som finnes i befolkningen innen utdannelsessektorens område. Kanskje er dette heller ikke ønskelig. Men dette medfører, slik jeg ser det, at dette saksforholdet kan brukes som et eksempel på det Stridbeck<sup>21</sup> kaller privatisering ved forsømmelse eller nedprioritering, ved at mangler i det offentlige tilbudet på høyere utdanning skaper rom for private aktører. I modellen under punkt 2.3 er denne privatiseringsformen representert i eksempel nr. 6.

---

<sup>21</sup> Stridbeck s 23

Denne privatiseringsformen medfører dermed at den studenten som mottar utdanningstjenester fra en privat aktør, stilles i en annen rettsstilling enn studenter som utdanner seg ved statlige utdannelsesinstitusjoner. Jeg vil derfor påstå at dette medfører at selve det forhold at tjenesten dreier seg om utdanning, gjør at saken får et visst velferdsrettslig preg, og at dermed den offentlige relasjonslogikken kunne tenkes å ha relevans.

For det andre er saken et eksempel på en uforskyldt omstendighet som kan ramme mennesker til enhver tid i livet, nemlig sykdom. Dette er forhold som velferdsstaten/sosialretten er ment å skulle kompensere for. Saken berører derfor også velferdsstaten og offentlig-relasjonen ved dette. Dette forhold vil jeg komme tilbake til nedenfor.

### 3.4 Konklusjon

De saksforhold som er gjengitt ovenfor er eksempler på at en privatisering av offentlige tjenester kan medføre et skifte fra offentlig-relasjons logikk til privatrelasjonens rettslogikk. Dette skjer selv om de tjenester som sakene representerer er av en slik karakter at de, etter mitt syn, har vesentlige ”velferdsstatlige trekk” ved seg, og således rettslogisk synes å passe best under offentlig-relasjonen.

Jeg vil i det følgende fokusere på noen av de praktiske virkninger dette skiftet har for borgernes rettstilstand og rettsikkerhet.

## 4 Noen rettslige konsekvenser av et skifte av rettslogikk

### 4.1 Innledning

I kapittelet ovenfor har jeg vist til at en privatisering av offentlige tjenester kan medføre et skifte fra offentlig-relasjonens rettslogikk til den logikk og rettslige premisser som preger privatrelasjonen. Er det da samtidig slik som Stridbeck<sup>22</sup> påpeker at dette kan medføre en omdefinering også av selve grunnlaget for den rettslige regulering av forholdet mellom partene, således at kontraktsrettslige hensyn og rettsformer trenger inn til avløsning av de offentligrettslige prinsipper og hensyn?

En privatisering kan medføre rettslige utslag på mange forskjellige plan. Den statlige og kommunale kontroll og styringsmuligheter over den privatiserte virksomheten er et aspekt<sup>23</sup>. Det samme er mulige effekter på demokratiske prosesser og påvirkningskanaler, både på det sentrale og lokale plan. Konsekvenser for brukeren med hensyn til rettslig stilling og muligheter for å påvirke sin rettslige posisjon er et tredje aspekt. Jeg vil i det følgende kun fokusere på dette siste aspektet, de mulige rettslige konsekvensene en privatisering kan ha i forhold til brukernes rettslige posisjon.

Med den forutsetning som ble etablert ovenfor, at en privatisering kan medføre et ”bytte” av rettslig instrument fra enkeltvedtak til kontrakt, blir det sentrale i denne delen av oppgaven å fokusere på hva dette ”byttet” faktisk innebærer av virkninger for den enkelte borger. For å bruke Stridbecks<sup>24</sup> begreper; Hva innebærer det å få sin rettslige status skiftet fra medborger til kunde?

Virkningene av dette er i liten grad synlig ved rettsforhold som forløper ”etter planen”. Ved slike relasjoner, der begge parter er fornøyde med sin stilling, vil

---

<sup>22</sup> Stridbeck

<sup>23</sup> Dette er omhandlet bl.a i Sand; Styring og kompleksitet

<sup>24</sup> Stridbeck s 25

forskjellene derfor sjelden komme frem i dagen. Det er ved rettsforhold der den ene eller begge partene føler at de er kommet uheldig ut, eller der det foreligger en tvist eller uenighet mellom partene om deres rettigheter og/eller plikter, at forskjellene kommer for dagen. Jeg vil derfor i det følgende anlegge et praktisk perspektiv ved tilnærmingen av denne problemstillingen. Jeg vil fokusere på de innsigelser og relevante anførsler som en advokat eller retthjelper kan gripe tak i, og argumentere ut i fra når denne søker å endre sin klients rettstilstand.

#### 4.2 Forvaltningsrettslig innfallsvinkel

I det følgende vil jeg anlegge en forvaltningsrettslig innfallsvinkel. Offentlige organ utøver sin myndighet i form av at det fattes vedtak som igjen har virkning ovenfor borgerne. Forvaltningsretten stiller krav både til måten disse vedtak fattes på, og den stiller materielle krav til innholdet i vedtaket. Dette fungerer igjen som rettsikkerhetsgarantier for borgeren i den forstand at de skal motvirke maktovergrep fra myndighetens side. Dersom disse kravene ikke er tilstrekkelig ivaretatt ved det aktuelle vedtaket, kan dette medføre ugyldighet av vedtaket. Ugyldighet er således en virkning som kan oppstå som en følge av forskjellige ugyldighetsgrunner. Følgene av ugyldighet kan være dom for ugyldighet, en omgjøring av vedtaket, en ikke-plikt til å rette seg etter vedtaket, krav på erstatning eller krav på å få gjenopprettet den tidligere rettstilstand<sup>25</sup>. For den part som søker en endring av den rettstilstand som vedtaket innebærer, er det dermed av avgjørende betydning å anføre de aktuelle ugyldighetsgrunner han mener vedtaket er beheftet med. Disse ugyldighetsgrunnene er således relevante argumenter.

Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i noen ugyldighetsgrunner som jeg antar i forhold til de sakene som er referert under punkt 3 vil være relevante argumenter. Jeg vil så søke å sammenlikne disse mulige argumenter med det tilsvarende relevante argument i kontraktsretten. Formålet med dette er ikke å gjennomføre en inngående redegjørelse av hvert enkelt argument. Det jeg søker er en sammenlikning av borgernes

---

<sup>25</sup> Eckhoff/ Smith s 569

mulighet for å påvirke sin rettstilstand, avhengig av om denne er utledet av henholdsvis et enkeltvedtak eller en kontrakt.

#### 4.3 Mulige ugyldighetsgrunner i sakene som er referert under punkt 3.

##### 4.3.1 Omsorgsboligen

I saken angående omsorgsboligen ble det aldri til at kvinnen flyttet inn i boligen. Tvisten er knyttet til om hvorvidt firmaet som produserte tjenesten hadde et krav mot henne eller ikke.

Dersom ”Husleiekontrakten” var å anse som et forvaltningsmessig enkeltvedtak, vil det slik jeg vurderer forholdet, være aktuelt å anføre at forvaltningsmessige saksbehandlingsfeil her medfører ugyldighet. Særlig er det naturlig å fokusere på feil knyttet til saksforberedelsen før vedtaket ble fattet. Under punkt 4.4 vil jeg derfor oppstille noen av de krav som stilles til saksbehandlingen av enkeltvedtak. Disse vil jeg så sammenlikne med det tilsvarende regelverket som gjelder angående forberedelsen før en kontraktsinngåelse.

##### 4.3.2 Utkastelsen

Ut fra en forvaltningsrettslig synsvinkel er saksforholdet i ”Utkastelsen” slik jeg ser det i realiteten et spørsmål fastsettelsen av omfanget og kvaliteten på de tjenester som kvinnen har krav på å motta fra sin kommune. Forvaltningsretten setter krav til hva et vedtak innholdsmessig skal innebære. Det underliggende spørsmål i denne saken er således hvorvidt forvaltningen har materiell kompetanse til å fatte et vedtak med et slikt innhold som her er tilfelle. Har den ikke det, vil dette være en ugyldighetsgrunn. Under punkt 4.6 vil jeg derfor redegjøre for noen av de argumenter som kan anføres for å statuere ugyldighet på dette grunnlag. Jeg vil så sammenlikne disse med de tilsvarende krav som stilles til avtalers materielle innhold.

##### 4.3.3 Høyskolestudenten

Kravet mot kvinnen i saken ”Høyskolestudenten” har oppstått som følge av at hun grunnet sykdom ikke maktet å gjennomføre den skolegangen hun hadde påtenkt. Rettslig sett er dette et spørsmål om relevansen av sosiale omstendigheter som har oppstått etter at rettsstiftelsen ble etablert. I Juss-Buss sammenheng, særlig på gjeldsgruppa, er denne problemstillingen ofte aktuell, og representerer en gjenganger blant de klienter som henvender seg dit. Jeg vil derfor under punkt 4.8 diskutere om

slike etterfølgende sosiale omstendigheter representerer et relevant argument, henholdsvis i forvaltningsretten og i kontraktsretten.

#### 4.4 Saksbehandlingsregler på forberedelsesstadiet for enkeltvedtak

På forberedelsesstadiet vil det i forvaltningsrettslig sammenheng finnes en rekke saksbehandlingsregler. Brudd på disse saksbehandlingsreglene kan medføre ugyldighet. Disse saksbehandlingsregler er således relevante argumenter.

<b>Ugyldighetsgrunner / relevante argumenter for enkeltvedtak</b>	<b>Tilsvarende regelverk i kontraktsretten</b>
Brudd på kravet til god forvaltningsskikk	Alminnelig ulovfestet lojalitetsplikt
Brudd på Utredningsplikten	Nei
Brudd på Informasjonsplikt	Avtl §§33 og 36
Brudd på Veiledningsplikt	Lojalitetsplikt Ulovfestet
Brudd på Taushetsplikt	Lojalitetsplikt ulovfestet
Mangelfull kontradiksjon	Lojalitetsplikt ulovfestet

**Tabell 2: Krav til saksforberedelsen av enkeltvedtak og til forhandlingsstadiet før kontraktsinngåelsen.**

##### 4.4.1 Kravet til god forvaltningsskikk

Forvaltningslovens vedtatte saksbehandlingsregler suppleres av uskrevne normer for god forvaltningsskikk. Kjernen i disse normene er at saksbehandlingen skal være



forsvarlig<sup>26</sup>. Disse normene kan av en parten eller dennes advokat brukes for å understreke de hensyn som andre skrevne rettsregler bygger på, men de har også et selvstendig innhold i den forstand at brudd på dem kan føre til kritikk fra overordnet organ eller Ombudsmannen. Domstolene har også ved flere anledninger underkjent forvaltningsavgjørelser helt eller delvis på grunn av brudd på uskrevne normer for god forvaltningsskikk.<sup>27</sup>

I saken om omsorgsboligen ble den aldrende kvinnen forelagt en kontrakt for undertegning som hun ikke hadde forutsetninger for å forstå innholdet av. Etter mitt syn foregikk denne prosessen frem mot rettsstiftelsen ikke på en tilstrekkelig hensynsfull og forsvarlig måte. Kvinnens interesser ble ikke tatt tilstrekkelig godt vare på. Dette vil i en forvaltningsrettslig sammenheng kunne anføres som brudd på normene for forsvarlig saksbehandling.

#### 4.4.2 Ansvar for sakens opplysning

Forvaltningsorganet har en plikt til å sørge for sakens opplysning. Denne plikten går frem av fvl § 17. Etter denne bestemmelsen har forvaltningsorganet en alminnelig plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Dette innebærer at organet må søke å få frem både det som taler til partens gunst og det som taler parten til ugunst. Hensynet bak regelen er erkjennelsen av styrkeforholdet og den manglende jevnbyrdigheten mellom partene, samt en forutsetning om at den private part sjelden har advokathjelp. Dette tilsier at forvaltningsorganet selv bør ta initiativ for å få saken tilstrekkelig opplyst. Dersom et forvaltningsorgan ikke har sørget for å få saken opplyst i tilstrekkelig grad, kan følgen bli at vedtaket kjennes ugyldig etter fvl § 41.

I saken om omsorgsboligen vil dette være et relevant argument. Kommunen burde i større grad innhentet opplysninger angående kvinnens helsemessige situasjon og hennes særlige behov, før et vedtak ble fattet.

---

<sup>26</sup> Eckhoff/Smith s 386

<sup>27</sup> Eckhoff/Smith s 387

#### 4.4.3 Kontradiksjon

Et grunnleggende krav til en forsvarlig saksbehandling er at de berørte parter skal gis mulighet til å nå frem med sine synspunkter før et vedtak treffes. Kravet til kontradiktorisk saksbehandling er således et generelt utslag av kravet til forsvarlig saksbehandling<sup>28</sup>.

For at kravet til kontradiksjon skal være en realitet, må en del forhold være på plass. Det vil for eksempel være nødvendig for parten å få innsyn i det materiale som organet sitter med. Slik innsynsrett har derfor parten fått i fvl § 18. Denne bestemmelsen gir parten rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Videre har en part som ikke har uttalt seg om saken, en rett til å bli forhåndsvarslet etter fvl § 16, slik at denne også skal gis mulighet for å nå frem med sine synspunkter.

Dersom saksbehandlingen samlet sett ikke har vært gjenstand for en tilstrekkelig kontradiktorisk behandling, vil dette kunne innebære ugyldighet. Det forhold at kvinnens datter før kontraktsinngåelsen angående omsorgsboligen ikke ble informert eller tatt med i prosessen, kunne tenkes anført som et brudd på kravet om kontradiktorisk behandling, i hvert fall sett i sammenheng med de alminnelige krav til god forvaltningsskikk.

#### 4.4.4 Informasjon og veiledning

Forvaltningen har en alminnelig veiledningsplikt jf fvl § 11. Veiledningsplikten består i å svare på spørsmål fra berørte parter, men kan også innebære at det bør gis opplysninger av eget tiltak for eksempel om regler som man må regne med at parten ikke kjenner til. Flere lover har egne regler om veiledning, for eksempel sosialtjenesteloven. Det hører også til kravet til god forvaltningsskikk å gi en viss veiledning til klienter som har behov for dette<sup>29</sup>. Ombudsmannen har ofte kritisert forvaltningsorgan for forsømmelse av sin veiledningsplikt. Hvis forsømmelsene er grove, kan det være aktuelt med sanksjoner mot vedkommende tjenestemann. Det har

---

<sup>28</sup> Eckhoff/Smith s 386

<sup>29</sup> Eckhoff/ Smith s 392.

også forekommet at overtredelse av pliktene har medført ugyldighet eller erstatningsansvar for det offentlige<sup>30</sup>.

Også disse krav har relevans for saken om Omsorgsboligen, og vil således være relevante argumenter.

#### 4.4.5 Taushetsplikt

Enhver som arbeider for et forvaltningsorgan, har plikt til å hindre at andre får opplysninger om noens personlige forhold med mer. Dette går frem av fvl § 13 som er den generelle regel om forvaltningens taushetsplikt. Det finnes også spesialregler som går lengre enn den generelle plikten, for eksempel i sosialtjenesteloven.

#### 4.5 Forberedelse før en avtaleinngåelse

En avtaleinngåelse forutsettes å finne sted etter at jevnbyrdige parter gjennom forhandlinger har kommet frem til en enighet. Det er derfor ingen saksbehandlingsregler som regulerer selve saksforberedelsen før avtaleinngåelsen. I avtaleretten er det derfor som i sivile rettsaker der partene har fri rådighet, partene selv som har ansvaret for sakens opplysning. Nedenfor vil jeg gjennomgå noe av regelverket som likevel antas å være relevant.

##### 4.5.1 Opplysningsplikt

Spørsmålet om løftemottaker kan sies å ha en opplysningsplikt ovenfor løftegiver oppstår i første rekke i forhold til avtaleloven § 33 og § 36. Disse bestemmelsene har størst praktisk betydning i tilfeller hvor løftegiveren har hatt ufullstendig informasjon om forhold av betydning for avtaleinngåelsen - altså hvor det foreligger en motivvillfarelse eller en uriktig forutsetning.<sup>31</sup> Etter disse bestemmelsene kan det sies å ligge en plikt til å bringe løftegiveren ut av en villfarelse eller forhindre en slik villfarelse, slik at løftegiveren bygger på "riktige" opplysninger når løftet avgis. Virkningen av brudd på avtaleloven §§ 33 og 36 kan føre til ugyldighet.

---

<sup>30</sup> Rt 1917 s 860, Rt 1928 s 654, Rt 1956 s 115, Rt 1972 s 431

<sup>31</sup> Woxholth s 332

Opplysningsplikten i avtaleretten er dermed av en annen karakter enn den vi finner i forvaltningsretten. I forvaltningsretten er det tale om en plikt til å gi positiv kunnskap til en annen, slik at denne får et bedre grunnlag til å vurdere alternative valgmuligheter. I avtaleretten derimot oppstår vurderingstemaet først når det viser seg at det foreligger en villfarelse hos den ene part. Problemstillingen blir altså om det vil være rederlig eller urederlig for løftemottakeren å gjøre løftet gjeldende, når løftemottakeren har avgitt det i villfarelse.

Jeg vil anta at både avtaleloven § 33 og § 36 er fullstendig upraktisk for tilfeller som i de sakstyper som det her er tale om. For det første må det søksmål til for å fremme innsigelser av denne art. Dette medfører en stor hindring for mange og er noe jeg vil komme tilbake til. For det andre stiller bestemmelsen svært strenge vilkår for å sette en avtale tilside som ugyldig. Dette vil bare være tilfelle når det vil "stride mot redelighet eller god tro" å gjøre erklæringen gjeldende.

#### 4.5.2 Preseptorisk lovgivning

Selv om den generelle regel i avtaleloven § 33 er upraktisk i de tilfeller som er referert ovenfor, vil disse klientene ha et visst vern i den såkalte forbrukerpreseptoriske lovgivningen. Eksempler vil være opplysningsplikten i Husleieloven § 2-4 og tilsvarende bestemmelser i annen tilsvarende lovgivning. Forskjellen her i forhold til opplysningsplikten i forvaltningsretten, er at dette er en mangelsbestemmelse. Dette initierer andre rettsvirkninger enn ugyldighet, nemlig misligholdsvirkningene. Dette er en stor praktisk forskjell fra den forvaltningsrettslige ugyldighet. En mangel må påberopes ovenfor kreditor som igjen plikter å rette eller kompensere mangelen på ulike måter. Gjør ikke den andre parten dette, er parten henvist til å benytte rettsapparatet for å presse igjennom tiltak fra den annen. Når regelverket benyttes på velferdsstatens området, er det således en fare for at det bare er den ressurssterke klient som når frem med sine krav. Det kreves nemlig ressurser både av økonomisk, tidsmessig og kunnskapsmessig karakter for å påberope seg misligholdsvirkninger i kontraktsretten.

#### 4.5.3 Lojalitetsplikten i avtaleforhold

Det avtalerettslige motstykket til forvaltningsrettens krav om kontradiksjon, informasjon og veiledning samt krav til kontradiktorisk behandling kan sies å ligge i den kontraktsrettslig lojalitetsplikten. I moderne kontraktsrett anses partene å ha en generell plikt til å være lojale mot hverandre. I lojalitetspliktens karakter ligger at den

favner over en rekke forskjellige retts- og pliktrelasjoner. I praksis kan forskjellige former for informasjons- og opplysningsplikter, klargjøringsplikter, taushetsplikter og omsorgsplikter være aktuelt og falle inn under den alminnelige lojalitetsplikten<sup>32</sup>. Det har i teorien lenge vært antatt at en avtale kan bli ansett for ugyldig dersom den ene part ved kontraktsinngåelsen har opptrådt illojalt, forutsatt at illojaliteten kan sies å ha hatt noen betydning for den annen parts binding til kontraktsforholdet, men det foreligger få tilfeller fra rettspraksis som stadfester dette<sup>33</sup>.

Denne rettsstilstand medfører at illojalitet i og for seg kan tenkes anført som grunnlag for en tilsvarende taushetsplikt og informasjons- og veiledningsplikt som de vi finner i forvaltningsretten. Likevel er det klart at de to regelsett innebærer store praktiske forskjeller. Det er en vesensforskjell på en vagt utformet generell lojalitetsplikt på den ene siden, og spesifikke lovfastsatte saksbehandlingsregler på den andre siden. Denne forskjell antas å innebære betydelig forskjelligartet praksis både hva gjelder partenes praktiske gjennomføring av saksbehandlingen og den andre parts mulighet til å anføre feil ved behandlingsmåten. Jeg anser det som lite realistisk at en mottaker av en tjeneste med velferdsmessige elementer skulle anføre illojalitet som rettslig grunnlag for ugyldighet eller lemping av rettsforholdet.

#### 4.5.4 Konklusjon

I saksforhold der det er forhold forut for rettsstiftelsen som danner grunnlaget for argumentasjonen for ugyldighet, er det av stor betydning om man har å gjøre med et enkeltvedtak eller en kontrakt. De samme argumentene gis rett og slett forskjellig relevans. Alt i alt må det konkluderes med at den som utleder sin rettsstilling fra et enkeltvedtak er nærmere til å nå frem med denne type argumentasjon enn det den som er bundet av et kontraktsforhold er.

---

<sup>32</sup> Woxholth s 338

<sup>33</sup> Woxholth s 339

#### 4.6 Krav til et enkeltvedtaks materielle innhold

Når det gjelder de materielle krav til innholdet i et enkeltvedtak, er reglene og normene angående dette i første rekke av ulovfestet karakter. Like fullt er det i teorien og i rettspraksis utviklet klare forvaltningsrettslige prinsipper som setter rammene for hva et vedtak innholdsmessig kan innebære.

<b>Krav til det materielle innhold i et enkeltvedtak</b>	<b>Tilsvarende krav til det materielle innhold i en kontrakt</b>
Legalitetsprinsippet Ulovfestet	Preseptorisk lovgivning
Krav til forholdsmessighet Ulovfestet	Avtaleloven § 36
Krav til rimelighet i resultatet Ulovfestet	Avtaleloven § 36
Krav til saklighet i begrunnelse Ulovfestet	Avtaleloven § 36
Krav til likebehandling av like tilfeller Ulovfestet	Nei. Kontraheringsplikt i noen tilfeller
Krav til kvalitativ minstestandard	Nei. Men krav i preseptorisk lovgivning

**Tabell 3: Krav til materielt innhold i enkeltvedtak og kontrakter**

##### 4.6.1 Legalitetsprinsippet

En avgrensning av legalitetsprinsippet er en omfattende studie i seg selv, og vil gå langt utover rammen for denne fremstillingen. Det sentrale her er at legalitetsprinsippet setter skranker for forvaltningens materielle kompetanse ved å sette vilkår om at visse tiltak på grunn av sitt innhold, bare kan fattes dersom det finnes hjemmel i formell lov.

For de tilfeller som jeg har referert til ovenfor, som altså berører velferdsstatens områder, har legalitetsprinsippet relevans for særlig to forhold. For det første setter

prinsippet skranker for forvaltningens bruk av tyngende vilkår for begunstigende vedtak. For det andre har legalitetsprinsippet betydning for forvaltningens muligheter for tvangsfullbyrdelse av disse vilkår.

Det første av disse to forhold er den såkalte vilkårs læren. Dette er en lære om innskrenkende tolkning av en foreliggende lovhjemmel, hvor det er nødvendig med hjemmel for å knytte vilkår til et begunstigende vedtak<sup>34</sup>.

Når det gjelder våre tilfeller, vil det i de første to saksforholdene være slik at det her dreier seg om tildeling av bolig med vilkår om fastsatt husleie. Tildeling av slik bolig er ikke en lovpålagt rettighet som sosialtjenesten har en plikt til å innvilge. I slike tilfeller vil nok det synspunktet få gjennomslag om at dersom forvaltningen kan la være å innvilge en søknad om bolig, vil den også kunne sette vilkår for tildelingen. Dette synspunktet refereres gjerne til som "fra det mer til det mindre argumentet". Men selv om vilkåret i seg selv er tillatt, vil det være andre prinsipper som begrenser innholdet i vilkåret. Disse prinsipper og krav har nær sammenheng med legalitetsprinsippet og vil bli omtalt nedenfor.

#### 4.6.2 Forholdsmessighet

Det er et grunnleggende krav til forvaltningsavgjørelser at vedtaket innebærer en viss forholdsmessighet mellom mål og middel. Riktignok er det i teorien noe uenighet om det kan fastsettes et ulovfestet, generelt prinsipp om forholdsmessighet mellom mål og middel i forvaltningens virksomhet. Smith er forsiktig med å stille opp denne typen materiellrettslige skranker for forvaltningens skjønnsmessige myndighet.<sup>35</sup> Graver går lengre i å stille opp alminnelige krav til proporsjonaliteten i forvaltningsavgjørelser.<sup>36</sup> Men uansatt for våre saker vil det være forholdsmessigheten mellom vilkår for forvaltningsakter og de begunstigende vedtak som disse knytter seg til, som berøres. For slike tilfeller vil det gjelde et krav til forholdsmessighet, uansett om det ansees som

---

<sup>34</sup> Kjellebold s70

<sup>35</sup> Eckhoff/ Smith s 303

<sup>36</sup> Graver I LoR 1995 s279 flg

utslag av et ulovfestet prinsipp om forholdsmessighet, eller som et generelt utslag av legalitetsprinsippet.

For saken om omsorgsboligen vil både vilkåret om at kvinnen skulle yte et lån til firmaet, samt vilkåret om at leieavtalen var livsvarig, måtte vurderes ut fra om slike vilkår kan anses for forholdsmessige.

For saken angående Utkastelsen, vil forholdsmessighetsargumentet knytte seg til om hvorvidt vedtaket om å kaste kvinnen ut av sin bolig kan anses som forholdsmessig inngrep i kvinnens frihet.

#### 4.6.3 Saklighet

Det er klart at rene tilfældighetsavgjørelser ikke kan godtas, og at slike følgelig må settes til side som ugyldige. Hvis det kan godtgjøres at forvaltningen verken har utøvd skjønn eller fulgt noen regel, men bare valgt et resultat på slump, må vedtaket kjennes ugyldig selv om det ikke er noe å si på resultatet<sup>37</sup>. Med vilkårlige avgjørelser siktes det også til avgjørelser hvor det er utøvd skjønn, men hvor viktige hensyn er oversett, eller hvor noen hensyn er tillagt overdreven vekt<sup>38</sup>.

#### 4.6.4 Rimelighet

Kravet til rimelighet i forvaltningsavgjørelser har fått det utslag at domstolene har ansett seg berettiget til å sette til side et vedtak hvis de finner at resultatet er sterkt urimelig. I dommen i Rt 1951 s 19 (Mortvedtdommen), ble nektelsen av drosjeløyve kjent ugyldig fordi den etter Høyesteretts mening var ”så urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning” at den måtte anses som rettsstridig.

#### 4.6.5 Likhetsprinsippet

I forvaltningsretten kan også selve den omstendighet at det er gjort forskjell mellom tilsynelatende like tilfeller medføre ugyldighet av vedtaket. Dette kalles gjerne diskriminering i form av usaklig eller urimelig forskjellsbehandling. Vurderingstemaet i

---

<sup>37</sup> Eckhoff/ Smith s 299

<sup>38</sup> Se f.eks Isenedommen Rt 1981 s 745



forhold til denne normen er om forvaltningen er i stand til å gi noen saklig grunn for den forskjell i praksis som har funnet sted, eller om forskjellsbehandlingen virker sterkt urimelig eller urettferdig<sup>39</sup>.

#### 4.6.6 Kvalitativ minstestandard

I ”Fusa-dommen” referert i RT 1990 s 874 ble det slått fast at det eksisterer en viss ”minstestandard” for de tjenester som ytes ut fra de foreliggende behov. Denne minstestandard er uavhengig av kommunenes ressursituasjon. Minstestandarden må omfatte både ytelsens kvalitet og omfang.<sup>40</sup>

#### 4.7 Krav til en avtales materielle innhold

Utgangspunktet i avtaleretten er at partene har fri anledning til å avtale hva de måtte ønske. Avtalefriheten omfatter både friheten til å inngå eller unnlate å inngå kontrakter, frihet til å velge medkontrahent, og frihet til sammen med den valgte medkontrahent å bestemme kontraktens innhold<sup>41</sup>. Avtalefriheten er utgangspunktet, og dette medfører at det ikke er noen generelle krav til hva avtaler materielt sett skal innholde. De innholdsmessige krav til en avtale kan deles i to grupper. Den ene er krav til avtalen som stilles i lovgivningen. Den andre er at avtalens innhold må være av en slik karakter at den ikke rammes av den generelle generalklausulen i avtaleloven § 36, eller for så vidt også prisloven § 2.

##### 4.7.1 Kontraktsfrihet og begrensninger begrunnet i forbrukervern

Den vide kontraktsfriheten er i moderne rettstater underlagt betydelige begrensninger, selv om prinsippet fortsatt utgjør et universelt og sentralt rettsprinsipp. Særlig er det mangelen på jevnbyrdighet i en del avtaleforhold som begrunner forskjellige begrensninger i kontraktsfriheten. Lovgiveren har gjort bruk av en rekke virkemidler for å komme den antatt svake part til hjelp, noe som omtales som samfunnskontroll med

---

<sup>39</sup> Eckhoff/ Smith s 304

<sup>40</sup> Kjønstad/Syse s 162

<sup>41</sup> Woxholth s 22

kontraktsreguleringer. Et viktig utviklingstrekk i moderne kontraktsrett er at stadig flere kontraktstyper blir underlagt lovgivning<sup>42</sup>. Typiske eksempler som berører våre saksforhold, er såkalt forbrukerpreseptorisk lovgivning, slik som Husleieloven, Kjøpsloven, Finansavtaleloven etc. Disse lovene innebærer innholdsmessige krav til hva en avtale kan eller ikke kan inneholde angående de forhold som loven omfatter. Slike forbrukervernregler som er gjennomført på en rekke sektorspesifikke områder, har hatt stor betydning på mange rettsområder. Det er liten tvil om at denne lovgivningen har styrket borgernes rettstilstand i betydelig grad på viktige områder.

Slik jeg ser det reiser kontraktsfriheten og begrensningene i denne nærmest en motsatt problemstilling i forhold til hva som er tilfellet ved avgrensning av legalitetsprinsippet på forvaltningsrettens område. Kontraktsfriheten medfører i utgangspunktet en rettstilstand der alt annet enn det som er regulert i lov, kan avtales. På de rettsområder der det ikke finnes noen forbrukerpreseptorisk lovgivning, vil i utgangspunktet alt kunne avtales. Dette er motsatt av hva som er tilfelle på legalitetsprinsippets område, der diskusjonstemaet er hvilke tiltak og vedtak som krever hjemmel i lov i forkant av tiltaket.

Jeg oppfatter det slik at denne forskjellen i angrepsvinkling er ganske viktig i praksis. Behovet for forbrukervern er noe som viser seg etter at en praksis har virket i en periode på en slik måte at lovgiver har funnet at visse samfunnsgrupper har behov for vern. På denne måten vil alltid markedet ligge i forkant av lovgiver i utviklingen. På legalitetsprinsippets område vil aktuelle tiltak og nye markeder fordre en vurdering av lovgiver i forkant av at tiltaket settes i verk.

For "Høyskolestudentens" vedkommende kan det synes som om denne problematikken har relevans. På det tidspunkt da denne studenten skrev under på kontrakten som regulerte partenes gjensidige rettigheter og plikter gjennom skoleåret, var der ingen lovgivning som satte materielle skranker for hva en slik avtale kunne innebære.

---

<sup>42</sup> Haaskjold s 47

Vi ser av dette at lovgivers synspunkter kommer inn på et mye senere stadium i prosessen enn hva som ville vært tilfelle på legalitetsprinsippets område. Dette kan være tankevekkende når vi diskuterer forhold som berører velferdsstaten.

Et annet forhold ved den såkalte forbrukerpreseptoriske lovgivning er at virkningene av brudd på de normer som oppstilles, gjøres gjeldende som en mangel ved varen eller tjenesten. Mangelen må påberopes, og misligholdsbeføyelser eventuelt gjøres gjeldende. Dette innebærer noe helt annet enn forvaltningsrettslig ugyldighet.

#### 4.7.2 Avtaleloven § 36

Som nevnt ovenfor er det mange viktige kontraktstyper som ikke er gjort til gjenstand for preseptorisk lovgivning. Det er likevel ikke helt riktig å si at disse kontraktstyper er undergitt full kontraktsfrihet. Vi har lovbestemmelser som direkte legger avgjørende vekt på om et kontraktsvilkår vil virke urimelig, ubillig eller utilbørlig ovenfor en av partene. Slike lovbestemmelser kalles gjerne generalklausuler fordi de kan brukes overfor ethvert kontraktsvilkår<sup>43</sup>.

Prisloven § 2 og avtaleloven § 36 er i dag de to generelle generalklausuler som gjelder for så å si alle områder av kontraktsretten. Disse har prinsipiell og praktisk betydning for hva kontrakter materielt sett kan innebære. Jeg vil i det følgende kun kort kommentere avtaleloven § 36.

Avtaleloven § 36 er en generalklausul som inneholder den rettslige standard ”urimelig”. Det skal foretas en objektiv urimelighetsvurdering. Krav til kvalifisert urimelighet fremgår av forarbeider og rettspraksis, og medfører at terskelen for å konstatere ugyldighet er forholdsvis høy. Den høye terskelen for å konstatere urimelighet begrunnes gjerne med hensynet til forutberegnelighet, i tillegg til ønsket om å begrense antall prosesser<sup>44</sup>.

Det foreligger en omfattende redegjørelse av avtaleloven § 36 både i rettspraksis og i den juridiske teorien, og jeg har ikke tenkt å berike denne her. Men et forhold må

---

<sup>43</sup> Selvig 1997 s 54

<sup>44</sup> Se f.eks Rt 1990 s 1540 som omtales nedenfor

kommenteres. Ved rimelighetsvurderingen i forvaltningsretten er vurderingstemaet knyttet til hvorvidt vedtakets innhold anses rimelig sett fra den private parts side. Det er altså ikke noe relevant moment om det å fjerne urimeligheten vil virke rimelig eller urimelig for det offentlige del. Rimelighetsvurderingen er dermed bare knyttet til den private parts situasjon. Ved avtaleloven § 36 skal det foretas en konkret rimelighetsvurdering. På den ene side må man se på hvor urimelig det vil være å opprettholde avtalevilkåret. På den andre side må man se hvor store inngrep som gjøres i den andre partens rettigheter for å fjerne urimeligheten. Disse to forhold må veies mot hverandre. Det skal en mindre grad av urimelighet til for å gjøre et lite inngrep i avtalen, og en større grad av urimelighet til for å gjøre et større inngrep eller for å sette forpliktelsen helt til side.

Hvis vi vender tilbake til sakene angående Omsorgsbolig og Høyskolestudenten, kan det tenkes anført at avtaleloven § 36 må innebære at betalingsforpliktelsene her må falle bort. I denne vurderingen må det da også tas stilling til hvor rimelig det vil være for motparten å måtte bære det tapet som har oppstått. Det å fjerne urimeligheten for den ene parten, vil medføre en urimelighet for den andre. Denne problemstillingen viser seg gjentatte ganger ved § 36-vurderinger, men er ikke representert ved en forvaltningsrettslig vurdering av rimelighet av vedtak. Jeg antar at dette medfører en betydelig forskjell hva angår de involvertes rettstilstand.

#### 4.7.3 Krav til likebehandling etc

I kontraktsretten er der ingen generelle regler av typen forbud mot usaklig forskjellsbehandling etc. Allerede i prinsippet om kontraktsfrihet ligger det en forutsetning om at partene fritt kan velge blant annet hvem de vil ha som medkontrahent. Dette utgangspunktet har likevel noen begrensninger. For det første kan avtaler som på forskjellige måter forskjellsbehandler medkontrahenter, komme i faresonen i en avtaleloven § 36 vurdering<sup>45</sup>. Men Woxholth fremhever at dette synspunktet ikke kan trekkes for langt. For det andre foreligger det i en del forhold

---

<sup>45</sup> Woxholth s 376

uskrevne- og mer sjeldent skrevne- regler som pålegger den ene part en plikt til å inngå en kontrakt når den annen part ønsker det. Slik kontraheringsplikt foreligger i første rekke for den som har en faktisk eller rettslig monopolstilling<sup>46</sup> og kan da være relevant for eksempel ved tilbudet av omsorgsboliger. Slik kontraheringsplikt bør etter mitt syn også foreligge, for eksempel ved private høyskoler som tilbyr en spesiell utdanning. Dette er selvsagt ikke en begrensning i adgangen til å sette opptaksvilkår etc for tildeling av studieplass.

Hans Petter Graver er i boken ”Sosiale rettigheter i gjeldsforhold”<sup>47</sup> meget kritisk til den sosiale diskrimineringen han mener foregår i finansmarkedet. Han peker på den omvendte omfordelingspolitikk som foregår i finansmarkedet ved at de rike får bedre betingelser på sine finanstjenester enn det de fattige får gjennom rente- og gebyrpolitikken her i landet. Graver hevder at;

”den renten man betaler for sine lån er ikke avhengig av det tap man påfører långiveren, men den gruppe man tilhører. Resultatet er en pengeoverføring fra de med minst ressurser til de med mest ressurser.”<sup>48</sup>

Med blant annet denne begrunnelse etterlyser han et generelt forbud mot sosial diskriminering. Jeg konstaterer som Graver at mangelen på et generelt forbud mot sosial diskriminering og forskjellsbehandling ikke er uproblematisk i en velferdsstatlig sammenheng.

#### 4.7.4 Konklusjon

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor er det også med tanke på rettsstiftelsens materielle innhold av stor betydning om rettigheten utledes fra et enkeltvedtak, eller om det utledes fra en kontrakt. Argumenter som er relevante i forvaltningsrettslig

---

<sup>46</sup> Woxtho s 24

<sup>47</sup> Graver 1990

<sup>48</sup> Graver 1990 s 115

sammenheng, og som antas å ha stor betydning og gjennomslagskraft i forvaltningsretten, har ikke samme vekt i kontraktsretten.

I saken kalt Utkastelsen vil det, slik jeg ser det, være en rekke av disse argumenter som i forvaltningsrettslig henseende er relevante. Foruten forholdsmessigheten av vedtaket, kunne det anføres usakelig begrunnelse for vedtaket. Kommunenes økonomi bør ikke danne grunnlag for et vedtak om utkastelse. Dette vil i forvaltningsmessig forstand kunne være å anse som en usaklig begrunnelse, eller utenforliggende hensyn. Videre ville det være relevant å vurdere rimeligheten av vedtaket. Her kunne Mortvedt-dommens prinsipper legges til grunn. Dersom det viser seg at andre tjenestemottakere i kommunen har mottatt et tilsvarende tjenestetilbud, eller ikke har mottatt et slikt, vil dette være et relevant argument i forhold til likhetsprinsippet. Og til slutt vil prinsippene uttalt i "Fusa-dommen" innebære et vesentlig argument angående kvinnens krav på en kvalitativ minstestandard angående det samlede kommunale tjenestetilbudet. I kontraktsrettslig sammenheng har disse argumenter en beskjeden verdi.

#### 4.8 Relevansen av etterfølgende sosiale omstendigheter

Når det skal foretas en sammenlikning av rettslige konsekvenser av at et rettsforhold blir regulert av kontrakt istedenfor forvaltningsrettslig vedtak, er det etter mitt syn et spørsmål som må vies særlig oppmerksomhet. Dette er spørsmålet om hvordan kontrakten og kontraktsretten er egnet til å håndtere eksistensen av etterfølgende sosiale omstendigheter som medfører at evnen til oppfyllelse av avtalevilkårene i kontrakten vanskeliggjøres eller helt bortfaller. Denne problemstillingen er representert i saken om Høyskolestudenten ovenfor, og er å anse som en "gjenganger" hos klienter som er i kontakt men gjeldsgruppa på Juss-Buss. Forskjellige utslag av problemstillingen som gjerne omtales i teorien under merkelappen "sosial force majeure" er omstridt, og i stor grad uavklart i norsk rett. Problemstillingen kan oppstå i tilknytning til eventuelle erstatningsspørsmål, til krav om lemping av hovedkravet altså selve betalingsforpliktelsen, til krav om endring av kreditors ytelse eksempelvis krav om annen bolig, og spørsmål om plikten til å betale forsinkelsesrente. Jeg vil i det følgende begrense fremstillingen til mulige grunnlag for lemping av hovedkravet etter § 36.

##### 4.8.1 Problemstillingen

Problemstillingen her er altså at det i løpet av et kontraktsforhold oppstår en omstendighet i den ene partens livssituasjon som er av en slik karakter at dennes evne til

å yte i henhold til sine kontraktsmessige forpliktelse helt eller delvis bortfaller. Typiske eksempler er sykdom, arbeidsledighet, samlivsbrudd, opphold i psykiatrisk institusjon eller fengsel etc. Spørsmålet er da om slike omstendigheter kan medføre et krav om lemping eller bortfall av vedkommendes kontraktsforpliktelser.

#### 4.8.2 Forvaltningsretten

I forvaltningsmessig sammenheng vil jeg anta at denne problemstillingen sjelden aktualiseres. Dersom for eksempel kvinnen i saken om Omsorgsboligen hadde bebodd leiligheten en tid før hennes helsemessige situasjon forverret seg, så kunne hun ha søkt for eksempel om en plass på et kommunalt sykehjem. Det ville da vært utenkelig at kommunen anførte at hun da var forvaltningsmessig bundet til å fortsette leieforholdet i omsorgsboligen. Når situasjonen har endret seg, og dette innebærer at vedtakets innhold ikke lengre representerer en hensiktsmessig rettsstilstand, så kan det fremmes en ny søknad som igjen danner grunnlag for et nytt vedtak. Eventuelt vil omgjøringsinstituttet muliggjøre en endring av vedtaket, slik at det fremstår som rimelig og hensiktsmessig.

I klagetilfellene fastslår forvaltningsloven § 34 2.ledd uttrykkelig at klageinstansen kan ta hensyn til ”nye omstendigheter”.

I det hele tatt så er sosiale omstendigheter noe som opplagt er relevant i forvaltningsretten. I sosial- og velferdsrettslig sammenheng er det sosiale omstendigheter som der søkes en kompensasjon for, uavhengig av når og hvordan disse omstendigheter oppstår. Dette medfører, slik jeg ser det, at problematikken rundt sosiale etterfølgende omstendigheter ikke er problematisk i forvaltningsrettslig sammenheng.

#### 4.8.3 Lemping eller bortfall av kontraktsforpliktelser

I kontraktsretten medfører de omtalte sosiale etterfølgende omstendigheter en betydelig større utfordring. Utgangspunktet i avtaleretten og i kontraktsretten er at avtaler skal holdes. Og i det at avtaler er rettslig bindende ligger at en avtalepart kan tvinge igjennom oppfyllelse fra sin medkontrahent ved rettsapparatets hjelp. Omstendigheter som måtte oppstå på debtors side etter avtaleinngåelsen er dermed i utgangspunktet uten betydning for kreditor, og representerer forhold som debitor har risikoen for. Kreditor kan holde seg til det som er bestemt i kontrakten, og kreve oppfyllelse av disse vilkår. Denne klare hovedregel har likevel visse modifikasjoner.

#### 4.8.3.1 Avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 innebærer et vern ovenfor den kreditor som søker å gjøre et urimelig kontraktsvilkår gjeldende. Spørsmålet her er om bestemmelsen kan brukes når det er sykdom, arbeidsledighet eller tilsvarende omstendigheter som gjør at det å kreve oppfyllelse av kontrakten anses urimelig.

I de tilfeller vi her diskuterer er en stor del av vurderingen hvem som bør ha risikoen for et upåregnelig tap. Noen må jo bære tapet, og er det da mer rimelig å legge risikoen for slike forhold på kreditor enn hos debitor?<sup>49</sup>

Ordlyden i bestemmelsen gir inntrykk av at lemping på dette grunnlag er mulig. I bestemmelsen er det uttrykkelig slått fast at det skal tas hensyn også til ”senere inntrådte forhold”, og til ”omstendighetene for øvrig”.

Hagstrøm<sup>50</sup> fremhever om sosial force majeure tilfellene at:

”Dersom det er ønskelig kan § 36 brukes til lempning av avtaleforpliktelser p.g.a. såkalt «sosial force majeure» i forbrukerforhold, eksempelvis som følge av sykdom eller arbeidsløshet. I hvert fall for så vidt gjelder avbestillingsspørsmål i forbrukerforhold kan det være nærliggende å gripe til bestemmelsen i slike situasjoner; reglene i håndverkertjenestelovens §40 (2) bokstav c viser dessuten at tanken har fått lovgiverens sanksjon”.

Dommen referert i RT 1990 s 500 (Periscopusdommen) viser at Høyesterett har tolket bestemmelsen slik at det kan legges vekt på forhold uten tilknytning til avtaleforholdet. Hagstrøm er kritisk til å la slike vurderinger få betydning for sensurspørsmålet<sup>51</sup>, og Woxholth fremhever at det er åpenbart grenser for den vekt momenter uten tilknytning til avtaleforholdet kan tillegges<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Se om dette Graver 1989

<sup>50</sup> Hagstrøm 1994 s 131

<sup>51</sup> Se Hagstrøm 1994 s140

<sup>52</sup> Woxholth s383



Fra rettspraksis er særlig dommen referert i Rt 1995 s 1540 interessant i denne sammenheng. Dommen ble avsagt under dissens 4-1, og omhandlet en begjæring om tvangssalg av en leilighet etter at en kvinne hadde kausjonert for et lån til sin sønn og sønnens samboer. Førstvoterende utaler her at

”I tillegg til de forhold jeg har trukket fram, må det også legges vekt på den helt spesielle betydning leiligheten har for A på grunn av hennes sykdom. Jeg viser her til legeerklæringen gjengitt tidligere.

Jeg har etter en samlet vurdering kommet til at avtalen må settes til side etter avtaleloven § 36”.

Disse uttalelsene viser at det kan være rom for sosiale hensyn også i kontraktsretten. I denne dommen ble altså tvangssalget avverget blant annet fordi helt spesielle sosiale omstendigheter hos kvinnen medførte at leiligheten hadde helt spesiell betydning for henne.

Mindretallet, dommer Coward, fremhever i sitt votum de betenkeligheter en slik rettstilstand kan medføre på kontraktsrettens område. Hun fremhever at:

”Betenkelighetene ved en vid bruk av bestemmelsen ligger i at det svekker forutberegneligheten i avtaleforhold. Og jo flere typer momenter man legger vekt på, jo vanskeligere er det å forutsi utfallet av en tvist. Det generelle hensynet til forutberegnelighet, blant annet for å spare partene og samfunnet for tvister, veier etter mitt syn tungt, og må i atskillig grad gå foran ønsket om helt konkret rimelighet.”

For mindretallet er altså hensynet til forutberegnelighet i kontraktsforhold og hensynet til å spare samfunnet for tvister et mer tungtveiende argument enn hensynet til å oppnå et rimelig resultat i det konkrete tilfellet. Woxholdt<sup>53</sup> er enig med mindretallet.

---

<sup>53</sup> Woxholth s362

I dommen referert i Rt 2003 s1252 ble avtaleloven § 36 anført som grunnlag for lemping av en betalingsforpliktelse der skyldneren, delvis grunnet uførhet hadde fått betalingsproblemer. Her uttalte førstvoterende kort og greit at:

”For min del kan eg likevel ikkje sjå at det er plass til avtalelova § 36 i denne saka. Som lagmannsretten meiner eg at etterfølgjande betalingsvanskar av dette slaget må løysast innan ramma av gjeldsordningslova.”

Dette viser at rettstilstanden er preget av en del usikkerhet. Konklusjonen må være at det kan være mulig å oppnå lemping av kontraktsvilkår på dette grunnlag, men at det da må foreligge helt spesielle omstendigheter som medfører et sterk grad av urimelighet. Og for den rettshjelper eller advokat som på vegne av sin klient vurderer å anlegge søksmål på et slikt grunnlag, så må denne ta høyde for den betydelige usikkerhet og risiko et slikt saksanlegg vil innebære.

#### 4.8.3.2 Renteloven § 4

Renteloven § 4 innebærer en mulighet for lemping av forsinkelsesrenter. Det klare utgangspunktet i renteloven er imidlertid at når forsinkelse inntreffer, så har kreditor en rett til å kreve forsinkelsesrente. Ingen har således noe krav på lemping av renten. Renteloven gir bare domstolene en ”viss skjønnsmessig adgang til å lempe på renteplikten i tilfelle hvor det kan være tvilsomt om det foreligger kreditormora, men hvor debtors betalingsvegring har en rimelig grunn”<sup>54</sup>.

#### 4.8.4 Konklusjon

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor vil det være av stor betydning for et menneske som opplever å bli utsatt for slike etterfølgende sosiale omstendigheter, om denne er bundet av kontraktsvilkår eller om vedkommendes rettsforhold springer ut fra et enkeltvedtak.

---

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.55 1975-76 s.26

#### 4.9 Ha rett, få rett

Når en eller annen form for misnøye oppstår hos en part, eller det utvikler seg en tvist, så hjelper det lite å ha retten på sin side, om en ikke også har mulighet for å vinne frem med denne. Som det heter i det gamle ordtaket; Det hjelper ikke å ha rett, hvis man ikke også får rett. Muligheten med å nå frem med sine rettigheter og interesser overfor motparten, er tema i dette avsnittet.

##### 4.9.1 Angrepsmidler i forvaltningsretten

Dersom noen vil angripe et vedtak som går en imot, eller som en er misfornøyd med, er mulighetene flere. For det første har parten i mange tilfeller adgang til å klage til overordnet forvaltningsorgan. Den som benytter sin klagerett innen fristen har krav på ny realitetsavgjørelse i saken. Videre kan parten henvende seg til det forvaltningsorganet som har truffet avgjørelsens og argumentere for at vedtaket blir omgjort etter fvl § 35. For det tredje kan parten klage til Sivilombudsmannen. Dersom klageretten er uttømt, kan det reises sak for domstolene får å få prøvd gyldigheten av vedtaket.

##### 4.9.1.1 Klage til overordnet forvaltningsorgan

Klageretten over forvaltningsavgjørelser er en sentral rettssikkerhetsgaranti. Hovedreglene om klage til overordnet forvaltningsorgan finnes i fvl §§ 28 flg.

Klageadgangen er et viktig institutt. Ved en klage gis parten anledning til å fremme sine interesser, og påpeke forhold som en mener ikke har vært tilstrekkelig opplyst ved førsteinstansbehandlingen. Selv om parten selvsagt ikke har noen garanti for at vedtaket vil bli endret, vet han at han vil få en ny realitetsbehandling av et overordnet organ, noe som gir trygghet og sikkerhet for at vedtaket er fattet på et forsvarlig grunnlag. Og ikke minst; en klage krever ikke mye ressurser, verken i form av penger eller tid, og det er i liten grad behov for juridisk bistand.

Klageinstansen kan prøve alle sider av saken. Dette fremgår av § 34 2.ledd, og betyr at klageinstansen også kan foreta nye rimelighets- og hensiktsmessighetsvurderinger.

##### 4.9.1.2 Omgjøring av vedtaket

Med hjemmel i forvaltningslovens § 35 har forvaltningsorganer en viss adgang til å omgjøre vedtak uten at de er påklaget. For de tilfeller som diskuteres i denne oppgaven,

vil dette være relevant for eksempel der klagefristen er utløpt, men parten henvender seg til forvaltningsorganet og argumenterer for at vedtaket omgjøres. Disse tilfellene vil reguleres av § 35 første ledd bokstav a, omgjøring som ”ikke er til skade”. Kompetanse til å omgjøre har ikke bare det organ som har fattet vedtaket, men også klageinstansen og andre overordnede organer<sup>55</sup>.

#### 4.9.1.3 Klage til Sivilombudsmannen

Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen) har som oppgave å søke å sikre at det i den offentlige forvaltningen *ikke øves urett mot den enkelte borger*, jf. Grunnloven § 75 bokstav l og loven av 22.06.1962 nr.8 § 3. Etter lovens § 6 kan enhver som mener å ha vært utsatt for urett, klage til Sivilombudsmannen.

Ombudsmannen har ikke myndighet til å treffe bindende vedtak, men uttaler sin mening om saken. Hittil har forvaltningen i de aller fleste tilfelle rettet seg etter uttalelsene<sup>56</sup>.

#### 4.9.1.4 Sak for domstolene

En forvaltningsavgjørelse kan bli brakt inn for domstolene ved at det fremmes et krav som begrunnes med at en avgjørelse lider av feil. Krav om fastsettelsesdom for at et enkeltvedtak er ugyldig kan fremmes, eventuelt kombinert med et krav om f.eks erstatning.

Domstolens hovedoppgave er, overfor forvaltningen, å drive legalitetskontroll, mens det som regel ikke er deres oppgave å ta standpunkt til vedtakets hensiktsmessighet.

Spørsmålet som domstolen tar stilling til er om vedtaket er beheftet med feil som er av en slik karakter at dette må medføre ugyldighet. Slike ugyldighetsgrunner som det er redegjort for i kapittel 4 i denne avhandlingen, faller dermed innenfor domstolens kompetanse å ta stilling til.

---

<sup>55</sup> Eckhoff/ Smith s 524

<sup>56</sup> Eckhoff/ Smith s 631

#### 4.9.2 Mulighet for å angripe en kontrakt

Avtaleslutningen hviler på andre forutsetninger enn et forvaltningsvedtak. Selve avtaleformen forutsetter at parten, gjerne etter forutgående forhandlinger, samtykker eller aksepterer et foreliggende tilbud. Når aksepten foreligger, er partene følgelig bundet av det de er blitt enige om, og har i utgangspunktet ingen rettslige midler til å angripe innholdet i den avtale de har sluttet. En avtalepart har heller ikke slik hierarkisk oppbygning, på samme måte som den forvaltningen er organisert på. Avtaleparten har ingen overordnet. Dette betyr følgelig at det i kontraktsretten ikke finnes noe tilsvarende institutt som den forvaltningsrettslige klage- eller omgjøringsadgangen. Dersom en avtalepart er misfornøyd med innholdet i den avtalen han har inngått, må parten dermed søke å angripe kontraktens innhold med andre midler.

Dette systemet medfører en vesensforskjell i forhold til angrepsmidlene i forvaltningsretten. Angrepsmiddelet i kontraktsretten er søksmål. Dersom en part henvender seg til sin motpart og argumenterer for at avtalen må endres, så vil det være opp til kreditor å bestemme om dette aksepteres eller ikke. En endring av avtalevilkårene er på mange måter dermed prisgitt kreditors velvilje. Dersom kreditor ikke aksepterer endring av avtalevilkårene, er parten tvunget til å reise sine innsigelser i søksmåls form. Jeg ser da jf avgrensingen i punkt 1.5 bort fra muligheten til å klage til ulike organ som Forbrukerombudet, Bankklagenemnda, Konkurransetilsynet etc.

#### 4.9.3 Konklusjon

Rettsregler virker ikke automatisk. Dette gjelder selvsagt både for enkeltvedtaks vedkommende, og for kontrakter. Men det er en vesentlig realitetsforskjell mellom det å klage på en forvaltningsavgjørelse, eller å anmode om en omgjøring av et vedtak, og det å fremme sivilt søksmål i et kontraktsforhold. Kostnaden forbundet ved sistnevnte er omfattende. Særlig der hvor det har oppstått en tvist i kontraktsforhold hvor det er svakere parter som står overfor sterkere, viser det seg at den svake part har

vanskeligheter med å få den rettsstilling de har krav på.<sup>57</sup> Dette er for Norges vedkommende dokumentert gjennom mer enn tre tiår med rettshjelpsforskning<sup>58</sup>.

Det er også et paradoks at Høyesterett ved flere anledninger<sup>59</sup> har uttalt at det å spare samfunnet for tvister i kontraktsforhold er et tungtveiende hensyn i seg selv, noe som begrunner for eksempel den høye terskel for urimelighet i avtaleloven § 36. Den forvaltningsmessige klage- og omgjøringsadgangen derimot, skal være lett tilgjengelig. Det må dermed være klart at forvaltningsretten legger vesentlig bedre til rette for at folk skal kunne fremme sine interesser, enn hva som er tilfelle i kontraktsforhold.

---

<sup>57</sup> Graver s 63

<sup>58</sup> se Eskeland og Finne "Retts hjelp 71", Johnsen 1987; Retten til juridisk bistand, Fæhn og Vigrust; "Retts hjelp 1991", og Graver, Skaug, Strålberg, Tangen; "Retts hjelp 2001"

<sup>59</sup> Se f.eks RT 1990 s 1540

## 5 Konklusjon

Denne avhandlingen representerer et forsøk på en rettssosiologisk og rettspolitisk tilnærming til problemstillinger knyttet til hvordan endringer i samfunnet påvirker borgernes rettstilstand på velferdsordningenes område. Til en slik tilnærming er det knyttet omfattende usikkerhet og mulige feilkilder. Denne usikkerhet og mulige feilkilder er knyttet for det første til valg av kildemateriale, både hva gjelder valg av eksempler og teoretisk materiale. I denne oppgaven har jeg ikke diskutert de eksterne tilsyns- kontrollordninger, jf avgrensingen i punkt 1.5. Jeg har også valgt eksempler som befinner seg i ”ytterkant” av hva som kan kategoriseres som velferdsstatlige oppgaver. I tillegg er det knyttet usikkerhet med hensyn til den faktiske beskrivelse av endringene, med hensyn til vurderingene av konsekvensene av endringene<sup>60</sup>. Disse usikkerhetsmomentene medfører at det vanskelig kan formuleres en klar konklusjon over denne materien.

Like fullt er det visse hensyn og verdier den offentlige forvaltning er satt til å ivareta. At denne bør ivareta hensynet til rettsikkerhet, økonomisk effektivitet, velferd og sosial likhet, faglig kvalitet og utvikling, medbestemmelse, brukerorientering, politisk styring lokalt og sentralt og tilpasning til faktisk eller rettslig internasjonalisering, antar jeg det hersker bred enighet om, selv om det ikke er noen gitt prioritering mellom disse hensyn<sup>61</sup>.

Hensynet til rettsikkerhet har vært fokus i denne oppgaven, og det er omkring dette hensyn jeg vil antyde en konklusjon.

---

<sup>60</sup> Om dette også i Sand s 33

<sup>61</sup> Sand, s 125

## 5.1 Rettssikkerhet

Den klassisk-liberale definisjon på rettssikkerhet sier at rettssikkerhet handler om å beskytte den enkelte borger mot maktmisbruk og forsømmelse fra den offentlige sektors side<sup>62</sup>. Echhoff/Smith<sup>63</sup> formulerer om rettssikkerhet at den enkelte skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, og at han skal ha mulighet for å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser. Ofte inkluderes også hensynene til likhet og rettferdighet<sup>64</sup> i rettssikkerhetsidealet. Bundethet til rettsregler ved fatting av avgjørelser<sup>65</sup> er en måte å definere rettssikkerhet på. Molven<sup>66</sup> skiller mellom rettssikkerhetskrav: å få ha sin fysiske og psykiske integritet i fred. Likebehandling, utenforliggende hensyn, minstenorm, forutberegnelighet etc, og rettssikkerhetsgarantier: kontroll, intern og ekstern, maktfordeling, saksbehandlingsregler, klageadgang osv.

Carsten Greve<sup>67</sup> fremhever angående privatiseringer at

”Rettssikkerhet er et viktig hensyn ved utlicitering af myndighetsoppgaver.

Argumentet for at tillegge rettssikkerhet så stor betydning er, at rettssikkerhet er et viktig kvalitetsaspekt knyttet til løsning av myndighetsoppgaver.

Myndighetsoppgaver er pr. definisjon karakterisert ved, at myndigheten har makt over borgeren, og rettssikkerhet er et krav til at denne maktutøvelse skjer på legitimt vis. Mange av de overveielser der hittil har vært gjort om utlicitering av myndighetsoppgaver, har fokusert snevert på overholdelsen av lover og forvaltningsrettslige regler. Alt for sjelden utvides perspektivet til å se på hva en utlicitering av en myndighetsoppgave konkret vil betyde for borgere og virksomheter.”

---

<sup>62</sup> Henrichsen s 58

<sup>63</sup> Eckhoff/Smith s 69

<sup>64</sup> Eskeland, Fangerett 1989

<sup>65</sup> Echhoff/ Smith s 69

<sup>66</sup> Referert i Eckhoff/Smith

<sup>67</sup> Greve (red); Den offentlige sektor på kontrakt



## 5.2 Rettssikkerheten ved privatisering

Det er et endringstrekk ved vårt samfunn at stadig flere sider ved den enkeltes og familiens aktiviteter og livsutfoldelse nå reguleres ved kontrakt, og det samme er tilfellet for bedrifter og offentlige institusjoner av alle slag<sup>68</sup>. Ved en privatisering av velferdsordningen kan dette medføre enda flere kontraktsforpliktelser for den enkelte, ved at kontrakter også regulerer forholdet mellom partene på velferdsordningenes område. Vurderingstemaet angående rettssikkerhetsspørsmål ved privatisering, blir dermed om kontraktsretten er egnet til å ivareta rettssikkerheten på en tilfredsstillende måte, sammenliknet medforvaltningsretten.

Ved å benytte de begreper som fremkommer i de definisjoner på rettssikkerhet som er gjengitt ovenfor, vil jeg i det følgende foreta en kort vurdering.

Når det gjelder saksbehandlingsregler har vi sett at dette i liten grad eksisterer i kontraktsretten. Avtalemekanismen forutsetter en forutgående forhandling, og denne er i liten grad regelstyrt i kontraktsretten. Klageadgangen eksisterer ikke, noe som må antas å ha stor praktisk betydning. Kravet til at forvaltningen skal være bundet av rettsregler når det fattes vedtak er i liten grad ivaretatt når kontraktsformen benyttes, ved at kontraktsfriheten bygger på det stikk motsatte prinsipp.

Kravet til vern mot overgrep er i stor grad knyttet til ulike kontrollordninger ved virksomheten. Angående disse vil de forvaltningsmessige interne kontrollordninger i mindre grad være representert ved en privatisering, ved at forvaltningens hierarkiske struktur forsvinner, så også klageadgangen. Dette vil allikevel kunne kompenseres ved ulike eksterne kontrollordninger.

Det antatt viktigste elementet i rettssikkerhetsvurderingen er etter mitt syn knyttet til kravet om at borgeren skal kunne forsvare sine interesser. Som jeg har vist under punkt 4 ovenfor, vil en rekke av de argumenter som i forvaltningsretten er relevante, miste sin relevans ved en privatisering. I tillegg vil det kunne være slik at de argumenter som fortsatt har relevans, vil måtte bli fremmet i søksmåls former for å

---

<sup>68</sup> Selvig 1997

kunne vinne frem. Dette vil igjen ha innvirkning på borgerens mulighet for å forutberegne sin rettsstilling, som også er et element i rettssikkerhetsvurderingen.

Når det gjelder hensynet til likhet, rettferdighet, kvalitativ minstenorm og hensynet til at borgene skal kunne ha sin fysiske og psykiske integritet i fred, kan dette søkes ivaretatt gjennom rettighetsbasert lovgivning, som Lov om pasientrettighetene etc. Men igjen vil slik lovgivning ha liten verdi om ikke disse rettighetene også kan fremmes på en enkel, billig og tilfredsstillende måte overfor de som forvalter, og har mulighet for å påvirke realiseringen av disse rettighetene.

Min konklusjon er etter dette at det fra et rettssikkerhetsperspektiv er omfattende utfordringer og problemer knyttet til privatiseringer av velferdsordningene. Når da dette også sees i sammenheng med kriteriene for effektivitet ved henholdsvis den offentlige myndighetsutøvelse og i markedet, blir faresignalene ekstra markante. For den offentlige forvaltning vil et vesentlig kriterium for effektivitet i vid forstand være for eksempel om det skapes velferd, om denne fordeles nogenlunde likt mellom menneskene, om dette skjer uten for store frihetsinnskrenkinger og uten at det gjøres for meget urett ovenfor enkelte<sup>69</sup>. I et privatisert marked er kriteriet for effektivitet et helt annet, nemlig økonomisk profitt. Stilt overfor et slikt effektivitetsbegrep må det antas at rettssikkerheten har langt svakere forutsetninger.

---

<sup>69</sup> Eckhoff/Smith s 76

## 6 Rettspolitiske betraktninger

### 6.1 Innledning

De forhold som jeg har pekt på i denne oppgaven, antyder at privatiseringer representerer et problem for de involverte borgerne, hva angår deres rettssikkerhet.

Spørsmålet videre da blir hva som bør gjøres for å lempe på dette problemet.

Et svar på dette er at den politiske og administrative ledelse sentralt og lokalt bør søke å opprettholde offentlige ordninger fremfor å privatisere. Dette kan være vanskelig, da det dreier seg om generelle endringstrekk ved samfunnsorganiseringen, som finner sted så vel nasjonalt som internasjonalt. Et annet alternativ for lovgiver er å søke å utvikle kontraktsretten i tråd med endringene i samfunnet.

Når det gjelder velferdslovgivningen i Norge, har denne vært under stadig utvikling. I 1999 ble det for eksempel gjennomført en lovreform som innebar ny lovgivning om spesialisthelsetjenesten, pasientrettigheter, helsepersonellet og det psykisk helsevern. I år (2004) har de narkomane i noen grad fått sin rettslige status utvidet i helsemessig forstand, noe som innebærer at disse nå i større grad kan gjøre pasientrettighetene gjeldende. Denne type rettighetsbasert lovgivning kan nok innebære en styrking av den rettslige stilling til brukeren av de aktuelle helsetjenester.

De forhold som jeg har vist til i denne oppgaven, og som fra en velferdsmessig synsvinkel virker uheldige, knytter seg imidlertid i første rekke til den kontraktsrettslige regulering av rettsforholdet mellom partene. Kontrakter regulerer i dag stadig flere sider ved menneskers daglige liv, og disse kontraktene innhold er dermed i stor grad bestemmende for deres velferdsmessige livssituasjon. Dette tilsier at fremtidens velferdsrettslige reformer også bør skje innen kontraktsretten. Og slike reformer bør etter mitt syn innebære at offentlig-relasjonens rettslogikk, og velferdsstatens ideologi for alvor inkorporeres i kontraktsretten. Synspunkter på dette og mulige rettslig utslag av en slik ideologi vil jeg i det følgende redegjøre for, etter noen korte kommentarer til hvilke positive innslag en privatisering kan tenkes å ha på rettsutviklingen.

## 6.2 Privatiseringens positive virkninger på rettsutviklingen

Det at det ved privatiseringer og andre former for moderniseringer av den offentlige virksomhet skjer en slags sammenblanding av offentlige og private rettsformer kan også føre til positive utslag. Andenæs<sup>70</sup> har for eksempel vist at forvaltningen ikke alltid lever opp de krav som forvaltningsrettslige prinsipper setter. Det kan være stor forskjell mellom til liv og lære på dette området. Offentlig byråkrati blir også ofte kritisert for en manglende fleksibilitet som følge av langvarig saksbehandling.

Stridbeck<sup>71</sup> fremhever at privatisering for jurister kan medføre en utvanning hva gjelder den fiktive grensen mellom offentlig rett og privatrett (at privatretten får offentligrettslige innslag og omvendt). Han ser det som nødvendig at de ulike rettsområdene samarbeider og at kunstige grenser brytes ned. Henrichsen<sup>72</sup> hevder at det er noe som tyder på at en større sammenblanding av private og offentlig rettsformer kan gi systemet ny energi. Private institusjoner kan låne elementer fra det offentlige myndighetskonsept og dermed bli mer sosialt ansvarige, samtidig med at offentlige myndigheter gjennom anvendelse av avtaler, garantier, servicedeklarasjoner, fritt forbrukervalg mv signaliserer at det offentlige låner fleksibilitet og serviceinnstilling som skulle prege privat virksomhet.

For forvaltningsorganers vedkommende kan privatisering og konkurranseeksponering muligens medføre at disse blir mer effektive, og at de tvinges til å sette i verk tiltak for å motvirke uheldig forvaltningspraksis.

På kontraktsrettens område generelt, og utviklingen etter avtaleloven § 36 spesielt, viser Selvig<sup>73</sup> til det dynamiske element i bestemmelsen. Samfunnsmessige hensyn kan være bestemmende for hvilke rettsvirkninger kontrakter av forskjellig slag skal tillegges. Han fremhever at oppfatninger om hva som er urimelig vil endre seg over

---

<sup>70</sup> Andenæs i Sosialomsorg i gode og onde dager

<sup>71</sup> Stridbeck s 25

<sup>72</sup> Henrichsen s 516

<sup>73</sup> Selvig s 57

tid<sup>74</sup> og at forbindelseslinjene mellom avtl § 36 og holdningene til tolkning og utfylling av kontrakter gir øket vekt til rettferds- og rimelighetsbetraktninger i tolknings- og utfyllingsprosessen i kontraktsforhold.

”Utviklingen i lovgivningen og rettspraksis i løpet av de siste tyve-tredve år viser at det ut fra brede samfunnshensyn legges stadig større vekt på om kontraktens virkninger på oppfyllelesstadiet fremtrer som rimelige og hensiktsmessige. Den andre hovedbetraktningen i kontraktsretten er således at rettsreglene også skal sikre at kontraktens økonomiske og sosiale virkninger samsvarer med aksepterte målsettinger i samfunnet.”

Når det så viser seg at kontraktsrettens nedslagsfelt stadig utvides til nye deler av samfunnslivet, vil nye samfunnsmessige hensyn gjøre seg gjeldende. Dette kan tenkes å påvirke utviklingen av kontraktsretten i tiden fremover.

### 6.3 En kontraktsrett som inkluderer velferdsstatens ideologi

Når kontrakter i dag overtar som rettslig instrument på flere av velferdsordningenes område, er det etter mitt syn behov for at denne også overtar noe av den ideologi som velferdsstaten baseres på.

Denne tanken om å i større grad inkludere velferdsstatens ideologi i kontraktsretten er ikke ny. Tanken viser seg i praksis gjennom den stadige utviklingen av forbrukervernet på kontraktsrettens område. Her er det velferdsbetraktninger og ikke avtalefrihet som danner den ideologiske plattform<sup>75</sup>. I nordisk sammenheng, har Thomas Wilhelmsson vært en foregangsperson på området. Etter Wilhelmssons syn bør en kontraktsrett som tar velferdsstatens ideologi på alvor prøve muligheten av å ta hensyn til:<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Se også Rt 1988s276 og Rt1996 s 407

<sup>75</sup> Graver 1989

<sup>76</sup> Wilhelmsson s 35

- 1) Partenes behov for en viss minimumsinntekt; dette kan innebære så vel en forsterkning av slike rettigheter som har betydning for en borgers inntekt, og en begrensning av slike forpliktelser som truer skyldnerens levestandard.
- 2) Partenes behov for beskyttelse ved særskilte omstendigheter som sykdom, arbeidsledighet og alderdom. Et slikt sivilrettslig beskyttelse mener Wilhelmsson at delvis kan bygges ut gjennom læren om sosiale prestasjonshindre, sosial force majeure.
- 3) Partenes behov for tjenester. Kontraheringsplikt

I Norge gjorde Hans Petter Graver, på slutten av 80-tallet, seg til talsmann for en kontraktsrett preget av velferdsstaten ideologi<sup>77</sup>. Han viste til at prinsippet om kontraktsparterers sosiale ansvar allerede da var etablert i norsk rett gjennom blant annet avtaleloven § 36, morarenteloven § 4 og kredittkjøpsloven. Graver tok i artikkelen til orde for å

”reformere kontraktsretten til det nivå som utviklingen på andre rettsområder har nådd. Det er i dag kontraktsretten som henger etter samfunnsutviklingen, og ikke den kritiske kontraktsrett som ligger foran.”

Siden har det, så vidt jeg har kunnet finne, vært lite interesse for denne materien fra juridiske teoretikere i Norge. Dette er etter mitt syn noe påfallende, da samfunnsutviklingen som har funnet sted etter dette, med omfattende privatiseringer og moderniseringer av den offentlige sektor, samt en økende gjeldsproblematikk i samfunnet, burde tilsi at problemstillingen ble ytterligere aktualisert.

#### 6.4 En ”hard” og en ”bløt” kontraktsrett

I den danske boken ”Offentlig sektor på kontrakt”<sup>78</sup> argumenterer forfatterne for å etablere et skille mellom en såkalt ”hard” og ”bløt” kontraktsrett, avhengig av karakteren på det livsområdet som kontrakten regulerer. Kvalitetskrav til ytelsene er

---

<sup>77</sup> I boken Sosiale rettigheter i gjeldsforhold, og i artikkelen Kritisk kontraktsrett

<sup>78</sup> Greve (red)

avhengig av hvilken sektor som reguleres. For eksempel i omsorgssektoren er ytelsene immaterielle: de produseres, leveres og konsumeres samtidig<sup>79</sup>. Tjenestene produseres i samproduksjon mellom bruker og personalet, de er heterogene og vanskelig å standardisere. Etter forfatterens syn virker det da

”mest opplagt å velge en bløt kontraktsrett i forbindelse med brukerrettede serviceytelser som f.eks eldrepleie. Vanskelighetene ved å presisere og beskrive kvaliteten gjør det naturlig å legge vekt på løpende dialog og samarbeid mellom bestiller og leverandør samt på kontraktsbestemmelser med en viss fortolkningsrom frem for minutiøse kontrakter med detaljerende ytelsesbeskrivelser og snevre juridiske sanksjonssystemer<sup>80</sup>.

Stridbeck<sup>81</sup> fremhever de samme problemer når han sier at

”Det som karakteriserer de sosiale ytelser er generelt at det er vanskelig å beskrive klare og konkrete mål for ytelsen. Videre er det som regel flere interessenter, som er med på å fastsette målene som igjen medvirker til ytterligere å gjøre dem brede og diffuse. Derfor er det særdeles vanskelig å oppstille kommersielle kontrakter for de gjeldende ytelser.”

I tillegg stiller han seg tvilende til om individene virkelig befinner seg i en jevnbyrdig stilling (forhandlingssituasjon) da de skal inngå kontrakt om velferd.

## 6.5 Mulige utslag av disse tanker for kontraktsretten.

Med utgangspunkt i de rettspolitiske visjoner til Wilhelmsson og Graver, og med inspirasjon fra Greve og Stridbeck, vil jeg i det følgende fremme noen synspunkter på hvordan velferdsstatens ideologi kan tenkes inkorporert i kontraktsretten i større grad enn det som er tilfelle i dag.

---

<sup>79</sup> Greve (red)s 143

<sup>80</sup> Greve (red) s 149

<sup>81</sup> Stridbeck s 37

### 6.5.1 Begrense de forpliktelser som truer skyldnerens levestandard

Wilhelmsson hevder at det i en velferdsstatlig kontraktrett bør etableres en begrensning av slike forpliktelser som truer skyldnerens levestandard. Han mener altså at det skal være begrensninger knyttet til selve forpliktelsen. Dette er så vidt jeg forstår en annen innfallsvinkel enn den beskyttelse som ligger for eksempel i Dekningsloven kap 2. I Dekningsloven er begrensningene i beslagsretten knyttet til selve dekningen, men ikke til forpliktelsen. Har kreditor tvangsgrunnlag for sitt krav, vil det være mengden og arten av aktiva hos skyldneren som avgjør om tvangsfullbyrdelse kan gjennomføres eller ikke.

I lys av de problemstillinger knyttet til privatisering som har vært gjennomgående i denne oppgaven, er dette kanskje en hensiktsmessig og rimelig tilnærming til problemet. Alle typer krav bør kanskje ikke like lett kunne tvangsfullbyrdes. Og i hvert fall bør kanskje ikke alle typer krav underlegges inkassoinstituttet. Ved å bruke Greves begreper kan det reflekteres omkring rimeligheten av at de såkalte ”bløte” kontrakter underlegges tvangsfullbyrdesinstituttet i samme grad som de ”harde” kontrakter.

### 6.5.2 Sosial Force majeure

Kontraktsretten bør etter Wilhelmssons syn ivareta partenes behov for beskyttelse ved særskilte omstendigheter som sykdom, arbeidsledighet og alderdom.

Læren om sosial force majeure er omstridt og synes i liten grad å være avklart verken i praksis eller i teorien. Mestad<sup>82</sup> oppsummerer om læren at

”det generelle spørsmål som heile tida ligg under i dei omtalte tilfella, er i kva grad det er kreditors sak å vere med å bere kostnadene ved debtors ulykke eller om fellesskapet skal bere dei gjennom offentlege ordningar. Dette er ikke lett å svare på, men eg vil helle i retnings av at det offentlege stort sett får ta seg av desse vanskane.”

---

<sup>82</sup> Mestad s 143



Graver<sup>83</sup> viser til at det hele ”koker ned til et spørsmål om kostnadsfordeling”.

Runden i Justiskomiteen ved vedtakelsen av renteloven § 4 viser på en tydelig måte de politiske skillelinjer som er representert ved dette spørsmålet. Denne er referert av Mestad<sup>84</sup>. Spørsmålet var her hva som skulle regnes som ”rimelig grunn”, og som dermed gav grunnlag for lemping av renten. De 5 borgerlige representanter mente at ”rimelig grunn” fra debtors side må ha relasjon til selve kjøpet, ikke til debtors evt. spesielle økonomiske situasjon i betalingsøyeblikket. Mindretallet, AP og SV mente at ”rimelig grunn” må forstås slik at også sviktende økonomi hos skyldneren kan gi grunnlag for lemping.

En representativ holdning fra den borgerlige fløyen ble uttrykt av representanten Kirste fra H under ordskiftet;

”dersom rimelig grunn her ikke skulle gå på selve kjøpsforholdet, men på debtors eventuelle økonomiske vanskeligheter eller andre vanskeligheter, da er adressen under våre moderne forhold sosialkontoret, og ikke kjøpmannen...”

Om denne holdningen må nevnes at Juss-Buss ofte erfarer at sosialkontorene verken har økonomiske ressurser eller kunnskap til å håndtere gjeldsproblematikk. Adressen dit har dermed en begrenset verdi. Graver<sup>85</sup> har også vist at det i en del situasjoner godt kan være rimelig å ha ”adresse til kjøpmannen”. Den ”kjøpmannen” det da er snakk om er ikke han man finner på ”hjørnet”, men store aktører innen finansindustrien, som ved sin virksomhet også påfører den enkelte og samfunnet vesentlige sosiale og økonomiske kostnader, gjennom dekning til kreditorene over sosialbudsjettet. For mer om dette viser jeg til Graver<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Graver 1989

<sup>84</sup> Mestad s138

<sup>85</sup> Graver 1989

<sup>86</sup> Graver 1989 og Graver 1990

Mitt poeng her er at det bør tas en ny debatt omkring læren om sosial force majeure. Denne bør ta utgangspunkt i de endrede samfunnsforhold og nye maktstrukturer i samfunnet. Foruten en avklaring av anvendeligheten av avtalelovens § 36 i disse tilfellene, bør det innføres en generell adgang til såkalt ”henstand i nåde” ved langtidskontrakter med forbrukere<sup>87</sup>. Det bør også vurderes om det ved gjeldsordning etter Gjeldsordningsloven bør gis en kortere gjeldsordningsperiode ved sosial force majeure tilfeller.

I tillegg bør læren sees i sammenheng med reglene om tvangsfullbyrdelse og inkasso. Det ligger i sakens natur at dersom læren skal kompensere for eksempel for sykdom, så må reglene knyttet til tvangsinndrivelse av krav også ta hensyn til at den ene parten faktisk er syk. Dersom en slik debitor er tvunget til å fremme søksmål med påstand om lemping på grunnlag av sosial force majeure, er det nær å anta at læren ikke vil virke etter sine intensjoner. Kanskje kan det derfor være hensiktsmessig å snu bevisbyrden ved tvangsinndrivelse i noen kontraktsforhold, for eksempel der hvor det foreligger en presumsjon for at det foreligger en sosial force majeure situasjon.

### 6.5.3 Partenes behov for tjenester

Wilhelmssons tredje kriterium for en kontraktsrett preget av velferdsstatens ideologi er at denne ivaretar partenes behov for tjenester. Han fremhever at en større grad av kontraheringsplikt kan være en farbar vei for å oppnå dette.

Graver går i boken ”Sosiale rettigheter i gjeldsforhold” til frontalangrep på finansnæringen som etter hans syn driver en negativ omfordeling av goder, fra de med minst ressurser til de velstående i samfunnet<sup>88</sup>. Etter Gravers syn gir gjeldene rett:

”kreditorer makt til å råde over grunnleggende behov for den enkeltes velferd, og til å påvirke den sosialpolitiske utvikling i samfunnet. Stikkord for de ulike former for makt kreditorene har, er makt over sentrale behov, makt over

---

<sup>87</sup> Se om dette Graver 1990 s 116. han viser til at blant annet Frankrike har en slik ordning i code civil art 1244; *delais de grace*

<sup>88</sup> Graver 1990 s 118

personlige relasjoner mellom skyldneren og personer som står ham eller henne nær, og makt over den enkeltes videre økonomiske skjebne.”

Med den begrunnelse at private aktører råder over slike sentrale velferdsgoder, tar Graver til orde for å etablere et generelt forbud mot sosial diskriminering.

I forhold til privatiseringer viser Stridbeck<sup>89</sup> til den kumulasjon som kan oppstå i et marked.

”Man kan tale om en positiv og en negativ kumulasjonseffekt. Positiv kumulasjon innebærer at høy inntekt, makt og sosial anseelse følger hverandre. Negativ kumulasjon innebærer at samfunnets ressursvake medborgere sakte glir ned i enda vanskeligere forhold som kan beskrives i uttrykkene ’en ulykke kommer sjelden alene’ og det er ’dyrt å være fattig’.”

Stridbeck<sup>90</sup> viser til at i de land der privatiseringstendensen har kommet lengst, som i Storbritannia og USA, har dette ført til at

”De rike er blitt rikere, og de fattige fattigere, og reformene har bidratt til å splitte, heller enn å samle, samfunnet i en vanskelig periode”

Det kan også nevnes som eksempel at Juss-studenter stadig lokkes av banker med reklame om billige boliglån. Lærerstudentene mottar ikke de samme tilbudene, og må inngå låneavtaler med dårligere betingelser.

Hvorvidt kontraheringsplikt er veien å gå for å motvirke disse effekter, eller om det bør innføres et generelt forbud mot sosial diskriminering, vil jeg ikke ta stilling til. Men det er klart at en kontraktsrett som tar velferdsstatens ideologi på alvor, bør inkorporere likhetsprinsippet i mye større grad enn det kontraktsfriheten tilsier.

---

<sup>89</sup> Stridneck s 25

<sup>90</sup> Stridbeck s 26

#### 6.5.4 Mulighet for å fremme sine interesser

I tillegg til de kriterier som Wilhelmsson setter til en velferdsorientert kontraktsrett, er det etter mitt syn også av avgjørende betydning at partene gis anledning til å forsvare sine rettslige interesser. En kontraktsrett som inkluderer velferdsstatens ideologi, bør etter mitt syn legge til rette for at også de parter med beskjeden økonomiske ressurser til disposisjon, gis mulighet til å fremme sine interesser.

Ved en gjennomgang av de saker der Avtaleloven § 36 har vært anført i Høyesterett, går det tydelig frem at de langt fleste av disse rettsavgjørelser gjelder forretningsforhold. Som eksempel kan nevnes Rt 1990 s 500 som er en sentral dom angående spørsmålet om forhold uten tilknytning til avtaleforholdet kan ha betydning for urimelighetsvurderingen. Saksforholdet her var at et selskap eid av Trygve Hegnar hadde kjøpt en bygård, og anførte avtaleloven § 36 for å oppjustere leieprisen ovenfor leietakerne i bygget.

Hagstrøms<sup>91</sup> stadfester denne observasjon;

”Selv om innføringen av § 36 må sees på bakgrunn av utbyggelsen av forbrukervernet, er det tvilsomt om forbrukerområdet er blitt bestemmelsens sentrale nedslagsfelt (...) Det er ihvertfall en kjennsgjerning at mange av de senere års rettsavgjørelser gjelder forretningsforhold”

Ønsket om å gi borgerne muligheten til å forsvare sine interesser i kontraktsretten, kan søkes løst på flere måter. For det første bør det sikres at en offentlig klageadgang opprettholdes ved de ”bløte” kontraktsforholdene, de privatiserte velferdsordningene. Videre kan det utbygges flere ordninger etter mønster fra Husleietvistutvalget i Oslo og Akershus. Denne ordningen gir partene anledning til å løse tvister innen forsvarlige økonomiske rammer, og modellen kan tenkes overført til andre rettsområder. Til slutt bør fri retts hjelp ordningen bygges ut, både hva gjelder saksforhold som inngår i ordningen, og de økonomiske vilkårene får fri retts hjelp.

---

<sup>91</sup> Hagstrøm 1994

## 6.6 Avslutning

Som nevnt under punkt 2.1 har formålet med de moderniseringsbestrebelser som har vært foretatt i offentlig sektor vært å gjennomføre administrativ effektivitet, offentlige besparelser og regelforenklinger på en måte som medfører at det som oppfattes som uønskede bivirkninger i velferdsstaten unngås. Paradoksalt nok har det likevel vist seg både i Norge og i andre europeiske land at privatiseringene har medført en tendens til økt detaljstyring i regelverket og økt byråkrati<sup>92</sup>. Dette er en følge av at behovet for eksterne kontroll- og tilsynsordninger følgelig vil øke, ettersom kontrollmekanismene internt i forvaltningens hierarkisk organisering settes ut av funksjon. Man har således lagt opp til et slags tosporet system, som innebærer privat produksjon og offentlig kontroll.

Etter mitt syn er det nærliggende å tro at dersom private aktører, gjennom en velferdsorientert kontraktsrett påtvinges en større grad av sosialt ansvar, vil behovet for offentlige eksterne kontrollordninger kanskje avta noe. Reformen innen kontraktsretten er i så måte kanskje en forutsetning for at moderniseringsbestrebelsene skal kunne bli en suksess.

---

<sup>92</sup> Dette er bekreftet av Professor Kristian Andenæs under veiledningsmøte

## 7 Litteraturliste

Andenæs, Kristian (1992): Sosialomsorg i gode og onde dager.

Tano Oslo

ISBN 82-518-3085-0

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind (1997): Forvaltningsrett – 6.utg.-

Tano Aschehoug

ISBN 82-518-3522-4

Ejersbo, Nils og Greve Carsten (red) (2002): Den offentlige sektor på kontrakt

Børsen forlag

Graver, Hans Petter (1989): Kritisk kontraktsrett. Artikkel publisert i Jussens Venner

Hefte 1 1989 s 1.

Graver, Hans Petter (1990): Sosiale rettigheter i gjeldsforhold – håndbok i

gjeldsrådgivning

Tano Oslo

ISBN 82-518-2790-6

Greve, Carsten (1998): Den grå zone - Fra offentlig til privat virksomhet

Jurist- og økonomforbundets forlag

Haaskjold, Erlend (2002): Kontraktsforpliktelser

Cappelen Akademisk Forlag

ISBN 82-02-19689-2

Hagstrøm, Viggo (1994): Urimelige kontraktsvilkår. Publisert i Lov og Rett 1994 s 131

Henrichsen, Carsten (1997): Retssikkerhed og moderne forvaltning- En retspolitisk studie av samspillet mellom stat, forvaltning og borger. København. Akademisk Forlag  
ISBN 87-500-3509-6

Kjelleevold, Alice (1995): Sosialhjelp på vilkår – Om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser  
Juridisk Forlag  
ISBN 82-7513-029-8

Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak (2001): Velferdsrett 1 – 2.utg- Gyldendal Norsk Forlag  
ISBN 82-415-1147-6

Mestad, Ola (1991): Om force majeure og risikofordeling i kontrakt.  
Universitetsforlaget  
ISBN 82-00-21263-7

Sand, Inger-Johanne(1996): Styring av kompleksitet – Rettslige former for statlig rammestyring og desentralisert statsforvaltning. Fagbokforlaget  
ISBN 82-7674-200-9

Selvik, Erling (1997): Kontraktsrett til studiebruk. Hefte 1

Stridbeck, Ulf (1993): Från kompensasjon till kumulasjon – Velferdsens backlash?  
Artikkel publisert i RETFÆRD NR. 63, 16 årgang 1993

Wilhelmsson, Thomas (1987): Social civilrett – om behovsorienterade element i kontraktsrättens almænnas lærer. Jusristförbundets förslag Helsinki  
ISBN 951-640-323-9

Woxholth, Geir (2001): Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning – 4.utg-  
Gyldendal Norsk Forlag  
ISBN 82-05-28747-3





